Grenzen der Rückwirkung im Familienrecht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Eberhard Seyffert
Gerichtsreferendar aus Köln

Marburg 1933
Buchdruckerei Hermann Bauer

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg angenommen am 27. Juli 1933.

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Professor Dr. Leonhard.

Schrifttum.

Bekker: System des heutigen Pandektenrechts. Weimar 1889.
Clapier de Colongue: Ueber die Wirkungen der Eheanfechtung. Freiburger Dissertation. 1910.
Davidson: Das Recht der Ehescheidung. Berlin 1900.
Dernburg: Deutsches Familienrecht. 2. Aufl.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 2. Band 2. Abteilung: Familienrecht. 8. u. 9. Aufl.
Enneccerus: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. Marburg 1889.
Enneccerus, Kipp, Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts: 1. Band: Einleitung und allgemeiner Teil, 13. Bearbeitung; 4. Band: Das Familienrecht, 7. Bearbeitung.
Erler: Ehescheidungsrecht. Berlin 1900.
Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 17. Aufl.
Friedrichs: In „Deutsche Juristen-Zeitung“ 1899 S. 18; 1925 S. 885.
Fitting: Ueber den Begriff der Rückziehung. Erlangen 1856.
Genzmer: Die Grenzen für die rückwirkende Kraft der Ehevernichtung im Privatrecht und im öffentlichen Recht. Archiv f. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Band 16 S. 414 ff.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Dritter Band: Familienrecht. Berlin 1921.
Greis: Wesen und Umfang der Rückwirkung im Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Erlanger Dissertation 1914.
Hahn: Materialien zur ZPO. Band 1.
Helbig: Gültigkeit bezw Ungültigkeit einer zweiten Ehe im Falle der Aufhebung des Scheidungsurteils im Wege der Restitutionsklage. Breslauer Dissertation 1906.
Hellwig: System des Deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1912.
Ders.: Anspruch und Klagrecht. Jena 1900.
Ders.: Grenzen der Rückwirkung. Gießen 1907.
Ders.: In „Deutsche Juristen-Zeitung“ 1904 S. 834 und 1074.
Howe: Die Gültigkeit der ersten oder zweiten Ehe im Falle der Wiederaufnahme des Verfahrens bei Wiederverheiratung eines geschiedenen Teils der ersten Ehe unter besonderer Berücksichtigung der Frage nach dem Wesen der Rückwirkung. Göttinger Dissertation 1926.

Jacobi: Archiv für civilistische Praxis. Band 86 S. 54.
Käckell: Die Bedeutung des Strafrechtsbegriffes in der Lehre von der strafrechtlichen Rückwirkung. Breslau 1915.
Leonhard, Fr.: Aufrechnung gegen eine Nichtschuld. Archiv für Bürgerliches Recht. Band 21.
Ders.: Die Beweislast. 2. Aufl.
Ders.: Bürgerliches Recht. 2. Aufl.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Band 4.
Neustadt: Das Eherecht. Berlin 1907.
Oetker: In „Deutsche Juristen-Zeitung" 1904 S. 1030.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch. 11. Aufl.
Opet und v. Blume: Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1906.
Pagenstecher: In „Das Recht" 1908 S. 32.
Pfleger: In „Deutsche Juristen-Zeitung" 1925 S. 655 ff.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Band: Familienrecht. 4. Aufl.
Ders.: In „Deutsche Juristenzeitung" 1899 S. 38 f.
Quassowski: Kommentar zum Aufwertungsgesetz. 5. Aufl.
Reichsgerichtsräte: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 6. Aufl.
Riezler: Rechtswirkungen der bigamischen Ehe in „Iherings Jahrbücher Bd. 66 S. 400 ff.
Rosenberg: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl.
Scherer: Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Erlangen 1899.
Schoetensack: Ueber Rechtsmittel und Wiederaufnahmeklagen. Stuttgart 1910.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Aufl.
Stölzel: In „Deutsche Juristenzeitung" 1925 S. 808 f.
Waldecker: In „Das Recht" 1908 S. 592.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl.
Wurzer: In „Iherings Jahrbücher". Band 70 S. 187 ff.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civil- (RGZ.) und in Strafsachen (RGSt.),
Entscheidungen des Reichsfinanzhofs,
Juristische Wochenschrift.

Gliederung.

A. Die Rückwirkung.

In zahlreichen Vorschriften unserer Rechtsordnung wird gesetzlich eine Rückwirkung angeordnet. Es geschieht dies entweder ausdrücklich durch die Bezeichnung als „Rückwirkung“, wie z. B. BGB. §§ 184, 375, Aufwertungsgesetz vom 16. Juli 1925 § 15, oder das Gesetz bedient sich der Ausdrücke: „es gilt“, „es ist so anzusehen als ob“, wie in den Vorschriften des BGB. §§ 84, 110, 142, 212, 389.

§ 1. Geschichte.

Eine allgemein verwendbare gesetzliche Definition des Begriffs „Rückwirkung“ gibt es nicht. Zwar bringt § 15 des Aufwertungsgesetzes das Wort „Rückwirkung“ in Klammern. Es könnte dies auf eine gesetzliche Erläuterung hindeuten, doch handelt es sich hier nur um die Anwendung des als allgemein bekannt vorausgesetzten technischen Begriffs der Rückwirkung auf einzelne Fälle in der Aufwertungsmaterie, eine Definition kann hierin nicht erblickt werden.[1]) Dazu kommt, daß das Aufwertungsgesetz infolge seines Zusammenhangs mit der Inflation von 1918 bis 1923 nur ein Spezialgesetz von vorübergehender Bedeutung ist.

a) Der Rückwirkung ähnliche Pendenzverhältnisse im römischen Recht.

Schon im römischen Recht stößt man auf die Begriffsbestimmung eines Rechtsinstituts, das der heutigen Rückwirkung sehr ähnlich ist, so

Marcianus in D 34, 5, 15:

„Qaedam sunt, in quibus res dubia est, sed ex postfacto retroducitur et apparet, quid actum est.“

Ferner die Stelle des

Paulus D 46, 3, 98, 3:

„......; et utique cuius fuerit, eventus declaret, sitque

1) Etwas abweichend: Howe Göttinger Diss. S. 11.

et hoc ex his, quae postfactis, in praeteritum quid fuerit, declarent."

Die römischen Juristen verbinden hier mit den Ausdrücken retroduci und retrotrahi jedes Mal in einem coordinierten Satz den Zusatz „et apparet, quid" . . . „et declarent quae . . .". Sie sprechen also zwar von einem Zurückbeziehen, sagen aber zugleich, daß hierdurch etwas klar, d. h. die wahre Natur eines Zustandes bestimmt werde. Der Zwischenzustand muß demnach unbestimmt gewesen sein, es lag also ein Schwebeverhältnis vor.

Dies bestätigt sich in den wichtigsten derartigen Fällen:

1. Im Altertum besagt ein allgemeiner Rechtssatz, daß jeder das Recht habe, im Kriege Personen und Sachen des Feindes zu occupieren und daran wie an einer herrenlosen Sache Eigentum zu erwerben. Der gefangene Römer wurde infolgedessen Sklave. Die lex cornelia bestimmte nun, falls der Römer in der Gefangenschaft stürbe, sollten die Rechtsverhältnisse um ihn so sein, als ob er im Augenblick der Gefangennahme, also als römischer Bürger, gefallen sei.[2]) Wenn er aber zurückkehren sollte, dann trat er gemäß dem sogenannten ius postliminii wieder in seine frühere Rechtsstellung ein und zwar so, als ob er sie nie infolge seiner Gefangenschaft verloren hätte.[3]) Man betrachtete also die Zeit der Gefangenschaft als einen ungewissen Zwischenzustand, dessen wirkliche Natur erst durch den Tod in der Gefangenschaft oder die Rückkehr klar werde.

2. Ein weiteres Beispiel für die rückwirkende Rechtsdeklaration ist der Fall des peculium castrense. Das in der väterlichen Gewalt befindliche Kind war vermögensunfähig, es erwarb alles für seinen Gewalthaber. Dieser konnte ein von seinem eigenen Vermögen getrenntes Vermögen dem Kind als peculium zur Verfügung stellen, ohne daran rechtlich Eigentum und Verfügungsmacht aufzugeben. Das Kind konnte demnach nicht über das peculium letztwillig verfügen, da das peculium beim Tode des Kindes nach wie vor zum väterlichen Vermögen gehörte. Durch Konstitutionen der Kaiser Augustus und später Hadrian wurde nun bestimmt, daß der Haussohn vermögensfähig sein sollte gegenüber dem Vermögen, das er als Soldat erwirbt (peculium castrense). Er konnte also frei darüber

---

2) D 49, 15, 12, 1 u. 18, 22.
3) D 49, 15, 5, 1.

verfügen, insbesondere auch letztwillig.[4]) Er wurde diesem Sondervermögen gegenüber wie ein homo sui iuris behandelt. Wenn er nun aber ohne Hinterlassung eines gültigen Testaments starb oder die von ihm testamentarisch bestimmten oder die gesetzlichen Erben die Erbschaft aus dem Sondervermögen nicht antraten, so sollte das peculium castrense wie ein einfaches peculium in das Vermögen des Gewalthabers übergehen und zwar mit rückwirkender Kraft, d. h. das peculium castrense sollte als von jeher zum Vermögen des Vaters gehörig gelten.[5])

Es bestand auch hier ein Schwebezustand bis der Haussohn gestorben war. Erst jetzt wurde klar, daß ihm bis dahin das Vermögen in Wirklichkeit zustand oder daß es rückwirkend dem Vater gehört, je nachdem ob ein gültiges Testament vorliegt oder ob keins bezw. kein gültiges vorhanden ist oder keine Erbschaftsantretung erfolgt.

3. Ein Schwebezustand besteht ferner bei dem Vindicationslegat, falls der Bedachte die Erbschaft ausschlägt; da es nun so angesehen wird, als sei ihm nie das Eigentum ipso iure angefallen sondern der Erbe immer Eigentümer geblieben.[6])

4. Ein weiterer häufig zitierter Fall ist der Eigentumserwerb durch einen Nießbrauchs-Sklaven. Wenn ein Sklave im Eigentum des A. und im Nießbrauch des B. steht, so fragt sich, ob er, wie es der allgemeinen Regel gemäß sein müßte, alles für den A. erwirbt oder für den Nießbrauchsberechtigten B. Die Ungewißheit wird erst behoben durch die Feststellung, aus wessen Vermögen der Preis bezahlt wird, so daß dann je nachdem A. oder B. rückwirkende Eigentümer werden.[7])

5. Ferner erfolgte die Erbschaftsannahme durch die heredes extranei, die im Gegensatz zu den heredes voluntarii die Erbschaft ausdrücklich annehmen mußten, mit rückwirkender Kraft, so daß sie nun so angesehen wurden, als seien sie bereits mit dem Tode des Erblassers Erben geworden.[8])

6. Wenn ein Minderjähriger eine schwangere Sklavin heiraten wollte, konnte er sie vorher freilassen. Erfolgte aber die Heirat nicht

4) D 14, 6, 2.
5) D 49, 17, 9.
6) D 30, 86, 2.
7) D 41, 1, 43, 2.
8) D 29, 2, 54.

innerhalb von 6 Monaten nach der Freilassung, so war diese ungültig und das inzwischen geborene Kind galt als Sklave.[9])

7. Schließlich seien noch einige Rückwirkungsfälle angeführt, die zu der heutigen Regelung im bürgerlichen Gesetzbuch in erheblichem Gegensatz stehen.

D 46, 3, 21 besagt, daß der Bürge, falls der Hauptschuldner zahlt, rückwirkend frei wird. Die Bürgschaft gilt also als nicht eingegangen. Da der Bürge durch Zahlung der Hauptschuld frei wird, ist nicht einzusehen, warum die Bürgschaft nun ganz aufgehoben werden soll.

Ebenso wird, wenn die Bürgschaft für eine zukünftige Schuld eingegangen wird und diese zu Stande kommt, die Entstehung der Bürgschaft trotz ihrer Accessorietät zurückverlegt auf den Zeitpunkt der Verbürgung. Wenn die zukünftige Schuld nicht zu Stande kommt, gilt rückwirkend die Bürgschaft als nicht vorhanden.[10])

Aus den authentischen Begriffsbestimmungen und den angeführten Stellen geht ohne weiteres hervor, daß es sich im römischen Recht um eine Rückwirkung in dem Sinne handelte, daß infolge des entscheidenden Umstandes rückwirkend die Ungewißheit der Zwischenzeit beseitigt wird.[11])

b) Die Rückwirkung im Allgemeinen Landrecht.

Auch das preußische Allgemeine Landrecht ordnet in mehreren Fällen eine Rückwirkung an:

I 5, 188: Rückwirkung eines Anerkenntnisses auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses,

I 16, 301: Rückwirkende Kraft bei der Aufrechnung auf den Entstehungszeitpunkt der Aktivforderung.

Ferner der viel umstrittene Fall von der Rückwirkung der erfüllten Bedingung:

In I 4, 142 bestimmt das ALR., daß im Zweifel die Wirksamkeit einer Willenserklärung bei erfüllter (aufschiebender oder auflösender) Bedingung so zurückgezogen werden soll, als ob die Willenserklärung unbedingt gewesen sei.

---

9) D 40, 2, 13.

10) Hierzu näheres bei Fitting S. 56—59,; Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin S. 260 f.

11) In diesem Sinne auch; Enneccerus a. a. O. S. 239, Fitting S. 19 ff.; Hellwig; Grenzen der Rückwirkung S. 9 ff., Helbig S. 30 f.

Die Frage, ob hier eine dingliche Rückwirkung vorliegt, in dem Sinne, daß dem bedingt Berechtigten die Nutzungen und Zinsen in der Zwischenzeit gebühren, oder ob nur das Recht als solches zurückdatiert wird, kurz gesagt, ob also eine Rückwirkung im eigentlichen Sinne eintritt oder nicht, ist Gegenstand zahlloser wissenschaftlicher Erörterungen geworden.

Grundlegend wurde hier Windscheids Schrift „Die Wirkung der erfüllten Bedingung", in der er nachzuweisen versuchte, daß der erfüllten aufschiebenden Bedingung nach dem verbindlichen Parteiwillen keine rückwirkende Kraft beizulegen sei, während man bezüglich der auflösenden Bedingung im Zweifel auf Grund des Parteiwillens Rückwirkung annehmen müsse. Demgegenüber behauptet Fitting in seiner Schrift „Ueber den Begriff der Rückwirkung" [12]) die allgemein rückwirkende Kraft der erfüllten Bedingung, indem er — ausgehend vom römischen Recht — an vielen Stellen nachzuweisen versuchte, daß die Rückbeziehung im römischen Recht ganz allgemein und insbesondere in vielen Fällen bei der Bedingung anerkannt sei und „dadurch viel von Befremdlichem verliere, das man häufig darin erblickt". Es erübrigt sich, zu erklären, wie man zu dieser Begründung und dem ganzen Streit überhaupt steht, da das BGB. durch die §§ 158 ff., insbesondere § 161, jede dingliche Rückwirkung ausdrücklich ablehnt. Hierüber näheres unten S. 12.

Auch im ALR. befindet sich keine klare Begriffsbestimmung der Rückwirkung.

§ 2. Rückwirkungstheorien.

Das Fehlen klarer gesetzlicher Begriffsbestimmungen der Rückwirkung sowohl im Allgemeinen Landrecht als auch im heutigen Rechte veranlaßte zahlreiche Schriftsteller, den Versuch zu unternehmen, diese Lücke durch Erklärungen der Rückwirkung zu schließen.

Es lassen sich hierbei zwei Richtungen unterscheiden.

a) Pendenztheorie.

In Anlehnung an das römische Recht begründete Fitting in seiner Schrift a. a. O. die sogenannte Pendenztheorie, indem er die beiden oben S. 1 f. erwähnten Stellen von Marcian [13]) und Pau-

12) S. 118.
13) D 3, 45, 15.

lus[14]) zugrunde legt. Er kommt dabei zu dem Ergebnis:

„Es ist in allen Fällen der Rückbeziehung der entscheidende Umstand juristisch nicht das Erzeugende, dessen Erzeugnis gleichsam durch Zauberkraft sein Dasein bereits in die Vergangenheit erstreckte, sondern nur das Bezeugende, das uns über die wahre Natur eines früheren Zustandes Aufschluß gibt."

Er lehnt also jeden Versuch, dem entscheidenden Umstand bei der Rückwirkung konstitutive Bedeutung zu geben, wie es die unten behandelte Fiktionstheorie tut, ab und behauptet, es läge eine Rechtsdeklaration vor. Er bedient sich dabei auf S. 6 des Ausdrucks, daß „durch einen späteren Umstand die eigentliche wahre Natur eines vorhergehenden Zustandes offenbar und bestimmt" werde. Bis zum Eintritt des rückwirkenden Umstandes herrscht demnach Ungewißheit über die Rechtsnatur eines Zustandes.

Fitting belegt seine Ansicht mit vielen Stellen aus dem corpus iuris, was ihm umso leichter fällt, als im römischen Recht derartige Verhältnisse, wie S. 2 ff. ausgeführt, vielfach in Einzelfällen Anwendung finden. Der Auffassung, daß der entscheidende Umstand konstitutiver Natur sei und die Rückwirkung kraft Fiktion — Fitting nennt sie Rechtsdichtung — einträte, wirft Fitting[15]) vor, daß sie zwar eine Möglichkeit gäbe, die Rückwirkung durchzuführen, aber nichts über das Wesen der Rückwirkung selbst besage und weiterhin versage für den Fall, daß eine gesetzliche Regelung fehle.

Die Meinung Fittings wird in neuerer Zeit hauptsächlich von Enneccerus[16]) vertreten.

b) Fiktionstheorie.

Ganz andere Wege gehen die Vertreter der Fiktionstheorie. Diese bestand, wie Fitting[17]) berichtet, schon im gemeinen Recht, wurde aber durch Fittings Pendenztheorie abgelöst.[18]) Sie fand dann in Bekker[19]), v. Tuhr[20]) und besonders Hellwig[21]) von neuem Verfechter, die sich entschieden gegen Fitting wandten.

---

14) D 46, 3, 98, 3.
15) S. 2. ff., ferner Howe S. 12 ff.
16) Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin S. 219, 240, 260; und Allgemeiner Teil § 75, ferner Philipsborn Gruch. Bd. 64 S. 10 ff.
17) a. a. O. S. 2.
18) a. a. O. S. 118.
19) System des heutigen Pandektenrechts 2. Bd. § 114.
20) Der Allgemeine Teil des BGB. 2. Bd. erste Hälfte § 43.
21) Grenzen der Rückwirkung S. 8 ff.

Die Fiktionstheorie stützt sich auf die Ausdrucksweise des Gesetzes selbst, da hier durchweg die Ausdrücke: „gilt" „so anzusehen als ob" (BGB. §§ 84, 389, 142) „wird geachtet" (ALR. I 16, 301 und andere) gebraucht werden. Das Gesetz bestimmt also, daß etwas als eingetreten oder nicht eingetreten gelten solle.

Den Vertretern der Pendenztheorie wird in erster Linie der Vorwurf gemacht, daß sie in der rechtlichen Beurteilung des Zwischenzustandes den Fehler machen, ihn als ungewiß und in der Schwebe befindlich zu halten, während in Wirklichkeit die Rechtslage jederzeit klar und eindeutig sei, nur mit der Möglichkeit der rückwirkenden Veränderung oder Vernichtung.[22]) Die Fiktionstheorie ist die jetzt herrschende.

c) Entscheidung für Fiktionstheorie.

Viele Gründe sprechen für die Fiktionstheorie und gegen die Pendenztheorie.

In erster Linie ist es das Gesetz selbst, das, wie eben gesagt, durch seinen Wortlaut das Vorliegen einer Fiktion bestätigt. Die Gesetzausdrücke: „es soll etwas gelten" oder „angesehen als ob" usw. sind eine Aufforderung, irgendetwas rechtlich anders zu betrachten, als es mit Rücksicht auf den sonstigen Inhalt des Gesetzes zu betrachten wäre. Wenn z. B. § 1345 anordnet, daß bei vernichteter Ehe der gutgläubige Ehegatte in vermögensrechtlicher Beziehung so behandelt werden soll, als ob er von dem anderen geschieden und dieser für allein schuldig erklärt worden sei, so ist dies eine Fiktion; denn in Wirklichkeit liegt keine Scheidung der Ehe sondern eine Vernichtung vor. Oder mit rückwirkender Kraft: ALR. I 16, 301 bestimmt: „Sobald die Forderung .... entstanden ist, wird die Schuld, soweit die Kompensation reicht, für erloschen erachtet." Dasselbe im BGB. § 389: „Die Aufrechnung bewirkt, daß die Forderungen als in dem Zeitpunkt für erloschen gelten. . . ." Das Natürliche, näher liegende wäre hier, anzunehmen, daß die Forderungen im Augenblick der Aufrechnungserklärung getilgt würden mit sofortiger ex nunc Wirkung. Stattdessen bestimmt das Gesetz aus Billigkeitsgründen eine Rückwirkung, indem es die Beteiligten auffordert, die Rechtslage so anzusehen, als ob die Aufrechnungserklä-

22) Hellwig a. a. O. S. 7,; Bekker a. a. O. S. 307 ff.

rung schon in einem früheren Zeitpunkt erfolgt wäre. Es bedient sich also des Hilfsmittels der Fiktion.[23])

Die gesetzliche Anordnung einer Fiktion bringt es weiterhin mit sich, daß es nicht möglich ist, die Frage nach dem Wesen der Rückwirkung genau zu beantworten. Es ist dies eine Feststellung, die vielfach gegen die Fiktionstheorie verwendet wird.[24])

Das Gesetz bestimmt durch eine positive Vorschrift, daß eine Rückwirkung auf eine bestimmte Art und Weise zu erfolgen habe. Es enthebt dabei die Beteiligten der Aufgabe, jede Phase der Wirkungsweise der Rückwirkung logisch zu durchdenken und zu erklären, indem es durch den Befehl, daß irgendetwas gelten solle oder man irgendetwas so oder so anzusehen habe, die Beteiligten auffordert, in Gedanken von der Gegenwart in eine bestimmte Vergangenheit zurückzuspringen und nun weiter zu denken, als ob es Gegenwart wäre.

Das Gesetz gibt also an, daß eine Rückwirkung vorhanden ist und wie diese durchgeführt werden soll. Die Beantwortung der Frage nach dem Wesen der Rückwirkung würde hier einerseits nach dem Gesetz garnicht möglich sein, andererseits uns keinen Schritt weiterbringen. In beiden Fällen aus dem Grunde, weil die Rückwirkung nicht durch sich selbst wirkt, sondern vom Gesetz in bestimmter Weise vorgenommen wird.[25]) Es werden somit die vielen Versuche, das Wesen der Rückwirkung mit wissenschaftlicher Genauigkeit mit Hilfe von Rechtsgeschichte und Rechtsanalogie zu erklären, in ihrer praktischen Bedeutung stark herabgemindert.

Wenn einige Schriftsteller [26]) behaupten, das Fehlen einer Konstruktion der Rückwirkung verhindere es, im Gesetz nicht geregelte Rückwirkungsverhältnisse zu entscheiden, so hat dies in erster Linie den Vorteil, daß das notwendige Uebel der rückwirkenden Fiktion [27])

23) Bekker a. a. O. S. 307 ff.; Hellwig a. a. O. S. 6 ff.; Leonhard Archiv für bürgerliches Recht Bd. 21 S. 190 f.; v. Tuhr a. a. O. § 43; Endemann Lehrbuch des bürgerlichen Rechts S. 822, 824; Howe a. a. O. S. 12; Greis Erlanger Diss. S. 20 f.

24) Fitting a. a. O S. 119; Genzmer Archiv für Rechts- u. Wirtschaftsphilisophie Bd. 16 S. 415 f.; Howe a. a. O. S. 13.

25) In diesem Sinne mit Recht: Leonhard a. a. O. S. 191 ähnlich: v. Tuhr § 43, der von dem in der inhaltlichen Gestaltung souveränen Gesetzgeber spricht.

26) so insbesondere: Genzmer a. a. O. S. 415 ff.; Howe a. a. O. S. 13

27) hierüber nähere Ausführungen unten §§ 4 und 5.

infolge Fehlens einer allgemeinen Begriffsbestimmung nicht allzu oft angewendet wird. Es ist aber weiterhin festzustellen, daß in den wenigen im Gesetz nicht geregelten Fällen, in denen man glaubt, ohne eine Rückwirkung nicht auskommen zu können, im Wege der Analogie von den im Gesetz klar geregelten Fällen geschlossen werden kann. So fehlt z. B. eine ausdrückliche Vorschrift darüber, wie sich die Vernichtung einer Ehe durch Nichtigkeitsklage auswirkt, während andererseits mehrere Vorschriften gegeben sind, die der Rückwirkung bei der Ehevernichtung Schranken setzen, so §§ 1344, 1699, 1313 und andere. Diese Lücke kann mühelos durch Analogieschluß von den gleichgearteten Rechtsverhältnissen bei der Eheanfechtung beseitigt werden, indem die §§ 1343 in Verbindung mit 142 herangezogen werden und so die rückwirkende Ehevernichtung mit Hilfe der Fiktion durchgeführt wird. Die Frage nach dem Wesen der Rückwirkung braucht hier garnicht gestellt zu werden.

Die der Pendenztheorie zugrunde liegende Anschauung, daß bis zum rückwirkenden Ereignis ein Zustand der Ungewißheit bestehe, ist im heutigen Recht nicht haltbar. Der rückwirkende Umstand wirkt nicht deklaratorisch, rückwirkend aufklärend, sondern konstitutiv, d. h. rückwirkend rechtsändernd. Es gibt keinen Augenblick, in dem die Rechtslage unklar oder ungewiß ist.

So bestimmt § 1329, daß die Nichtigkeit einer Ehe nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden kann. Die Ehe ist demnach bis zur Erhebung der Nichtigkeitsklage voll gültig, es besteht kein Schwebezustand. Einige Wirkungen dieser bis zur Vernichtung gültigen Ehe überdauern sogar die Nichtigkeit, § 1699: Ehelichkeit der Kinder, § 1344: Schutz des gutgläubigen Dritten und andere.

Nach der früheren Auffassung wäre z. B. beim anfechtbaren Eigentum unter Umständen ein Jahrzehnte dauernder Schwebezustand denkbar gewesen. Heute ist der anfechtbare Eigentümer vollberechtigter Eigentümer, während dem Anfechtungsberechtigten als einzige Einwirkungsmöglichkeit auf das anfechtbare Eigentum nur die Anfechtung zusteht.

§ 1953 bestimmt, daß der ausschlagende Erbe rückwirkend nicht als Erbe zu gelten hat, obwohl gemäß § 1922 die Erbschaft ipsa lege durch den Erbfall auf den Erben übergeht. Bis zur Aus-

schlagung ist der Ausschlagende voll wirksamer Erbe, wie aus § 1959, insbesondere Absatz 3, hervorgeht. Mit der Ausschlagung tritt dann dingliche Rückwirkung insofern ein, als der Erbe gewissermaßen als vorverstorben gilt und nur die in § 1959 bestimmten Beschränkungen bestehen bleiben.

Völlig undenkbar wäre es ferner, wenn man bei der Wiederaufnahme des Verfahrens (ZPO. §§ 578 ff.) und der damit verbundenen Rückwirkung die in der Zwischenzeit vorhandene Rechtskraft als einen Schwebezustand ansehen wollte, in Anbetracht dessen, daß die mit der endgültigen Entscheidung der Sache verbundene Rechtskraft eine der wichtigsten Grundlagen für die Sicherheit unseres Rechtslebens bedeutet.

Die durch das Gesetz (§§ 184, 375 BGB., § 207 ZPO., § 15 AufwGes.) erfolgte ausdrückliche Anordnung der „Rückwirkung" setzt voraus, daß schon vorher eine Wirkung vorhanden gewesen sein muß, die durch die Rückwirkung aufgehoben wird. Hätte ein Schwebezustand bestanden, dann wäre die Anwendung der Bezeichnung als Rückwirkung irreführend, da es sich dann um eine Klarstellung der Vergangenheit, eine Rechtsdeklaration, handelt.[28]) Es entspricht demnach nicht nur dem Sinn des Rechtsinstituts der Rückwirkung, daß kein Schwebezustand besteht, sondern im Gegenteil jederzeit eindeutige Rechtsverhältnisse vorliegen, das Gesetz bestimmt dies sogar unmittelbar und mittelbar durch zahlreiche Vorschriften.

Gegen die Pendenztheorie spricht ferner Fittings logischer Widerspruch, indem er in allzu enger Anlehnung an das römische Recht (vgl. die beiden oben angeführten Stellen von Paulus und Marcian) erklärt[29]), es lägen bei der Rückbeziehung Fälle vor, „in denen erst durch einen späteren Umstand die eigentliche wahre Natur eines vorgehenden Zustandes offenbar und bestimmt wird". Entweder wird die rechtliche Natur eines Zustandes rückwärts offenbar, d. h. aufgeklärt, deklariert oder es wird rückwirkend die rechtliche Natur konstitutiv bestimmt. Eine Verbindung beider Begriffe, der Rechtsbestätigung und der Rechtsschaffung bezüglich desselben Zustandes ist logisch unmöglich. In der Ablehnung dieser Definition sind sich

28) So mit Recht: Hellwig a. a. O. S. 7.
29) a. a. O. S. 6.

fast alle Schriftsteller einig, so ausdrücklich Bekker [30]), Hellwig [31]), Howe.[32])

Anzuerkennen ist demnach die heute herrschende Theorie der Durchführung der Rückwirkung durch Fiktion. Abzulehnen sind hierbei die Versuche, das Wesen der Rückwirkung auf dem Wege der Fiktion erklären zu wollen.

§ 3. Die wichtigsten gesetzlichen Rückwirkungsfälle.

Es muß genügen, festzustellen, daß das Gesetz in vielen Fällen ausdrücklich eine Rückwirkung anordnet und was in diesen Fällen an gemeinsamen Gedanken zugrunde liegt. Die wichtigsten gesetzlichen Rückwirkungsfälle sind folgende:

a) Rückwirkende Einzelbestimmungen.

Im BGB.

§ 84, rückwirkende Kraft der nach dem Tode des Stifters erfolgten Genehmigung einer Stiftung.

§ 110, rückwirkende Kraft der Leistung bei einem von einem Minderjährigen ohne Zustimmung geschlossenen Vertrag.

§ 142, Rückwirkung bei Anfechtung (§ 1343 bei Eheanfechtung, § 1957 in Verbindung mit § 1953: Anfechtung der Annahme einer Erbschaft und sonstige familien- und erbrechtliche Anfechtungsvorschriften).

Die rückwirkende Kraft der Anfechtung [33]) wird heute fast nur noch von Endemann [34]) geleugnet, der stattdessen für die Zwischenzeit einen Schwebezustand annimmt. Er verweist dabei hauptsächlich auf die Vorschrift des § 2083. Es ist aber, wie auch Greis [35]) richtig sagt, nicht angängig, eine solche Einzelvorschrift dem klaren Wortlaut des § 142 entgegenzusetzen. In der Schwebe ist die Nichtigkeit, nicht aber die Gültigkeit bis zur Vernichtung.[36]) Gerade bei der Anfechtung zeigt sich die Unhaltbarkeit der Pendenztheorie, da hier während des Zwischenzustandes klare Rechtsverhältnisse bestehen und erst die Anfechtung, die ganz im Belieben des Berechtigten liegt,

30) S. 308, 319 Anmerkung 1.
31) S. 8.
32) S. 16, 19, 40.
33) Hierzu RGZ. Bd. 66 S. 389, Bd. 124 S. 195.
34) a. a. O. S. 371 Anmerkung 7.
35) a. a. O. S. 60.
36) So mit Recht: Leonhard, Beweislast S. 165.

rückwirkend die Rechtslage vor dem anfechtbaren Rechtsgeschäft herstellt. Die rückwirkende Fiktion ist hier die einzige Möglichkeit, um den durch den Anfechtungsgrund geschädigten Anfechtungsberechtigten voll zu schützen. Hierunter leidende Zwischenrechte können ohne gesetzliche Anordnungen nicht berücksichtigt werden, jedoch gibt § 142 Abs. 2 hier einen Schutz des guten Glaubens.

Im Gegensatz zu der gemein- und römisch-rechtlichen Regelung bestimmt § 158, daß der erfüllten Bedingung keine rückwirkende Kraft beizulegen ist. Die Parteien können jedoch lt. § 159 eine obligatorische Rückwirkung vereinbaren. Die Vorschrift des § 161 ordnet keine Rückwirkung an, sondern läßt aus dem Gesichtspunkt der dinglichen Gebundenheit der Geschäftspartner zueinander etwaige die bedingte Verfügung beeinträchtigende Zwischenverfügungen für den Fall des Bedingungseintritts [37]) ex nunc unwirksam werden.

§ 184, rückwirkende Kraft der Genehmigung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts.[38])

§ 212, bezüglich der Verjährungsunterbrechung durch Klageerhebung hat die Klage rückwirkende Kraft.

§ 263, bei der Wahlschuld gilt die gewählte Leistung rückwirkend als die von Anfang an allein geschuldete.

Die Streitfrage, ob im Fall des § 313 Abs. 2 eine Rückwirkung vorliegt, kann, ohne daß hierauf näher eingegangen werden soll, im Sinne der heutigen Meinung dahin entschieden werden, daß keine absolute Rückwirkung vorliegt, sondern nur eine Rückbeziehung bis zum Zeitpunkt der Auflassung und Eintragung erfolgt, wofür in erster Linie der Wortlaut „wird gültig“ spricht.[39])

§ 333, Recht eines Dritten, ein ihm ipso jure aus einem Vertrage angefallenes Recht rückwirkend auszuschlagen.

§ 374, Rückwirkung bei Postzustellung einer zu hinterlegenden Sache.

§ 389, rückwirkende Kraft der Aufrechnungserklärung auf den Zeitpunkt der Aufrechenbarkeit.

---

37) So die herrschende Ansicht: Staudinger BGB zu § 161 1, 159 1 und 2, Endemann a. a. O. § 77 Anmerkung 19, Oertmann zu § 161 1 c, Niedner in DJZ. 1907 S. 569, RGZ. Band 77 S. 190; anderer Ansicht nur: Hellwig a. a. O. S. 12.

38) RGZ. Bd. 129 S. 377.

39) In diesem Sinne: Staudinger zu § 312 D II 1, Reichsgerichtsräte zu § 313, 6; Warneyer zu § 313 VIII und bei diesen weitere Zitate u. Entsch.; Anderer Ansicht: Enneccrus Schuldverhältnisse § 28 II 3 d.

Ob die beiden Rückwirkungsfälle der §§ 518, 766 hierher gehören, kann dahingestellt bleiben. Der Wortlaut spricht gegen die Rückwirkung, während die heutige Meinung in beiden Fällen Rückwirkung annimmt. Eine Entscheidung für das eine oder das andere hat praktisch geringe Bedeutung.

§ 1139, Rückdatierung der Widerspruchseintragung bei Darlehnsbuchhypothek.

Die familienrechtlichen Rückwirkungsfälle werden im III. Hauptteil behandelt.

§ 1976, rückwirkende Trennung der Erbschaft von Erben bei Nachlaßverwaltung oder -konkurs bezüglich bereits eingetretener Konfusion oder Konsolidation.

§ 2143, dasselbe beim Eintritt der Nacherbfolge.

Aehnliche Regelung in §§ 1991 und 2377.

Gemäß §§ 2229 läßt die Entmündigung rückwirkend das Testament ungültig werden, falls der Entmündigungsantrag vor Testamentserrichtung gestellt ist.

§ 2252, rückwirkendes Ungültigwerden des Nottestaments, falls der Erblasser noch 3 Monate nach Errichtung des Testaments lebt.

Im Zusammenhang mit dem bürgerlichen Recht kann die durch § 15 des Aufwertungsgesetzes vom 16. Juli 1925 bestimmte Rückwirkung erwähnt werden. Die Rückwirkung besteht hier darin, daß eine Aufwertung auch bei vorbehaltsloser Leistungsannahme stattfindet, falls die Annahme innerhalb einer bestimmten Zeit erfolgt ist; die nach dem Satze Mark = Mark eingetretene Tilgung der Schuld durch Zahlung wird für einen sich nach den Vorschriften des vorliegenden Gesetzes berechnenden Teils der Tilgung rückwirkend für ungültig erklärt und Nachzahlung verlangt.

Weitere Sonderfälle von rückwirkender Aufwertung in den §§ 78 und 17 des Aufwertungsgesetzes.

Auch auf dem Gebiete des Zivilprozeßrechtes gibt es Rückwirkungsbestimmungen. So geht aus den Vorschriften über die Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 578 ff., besonders 590 und 584) hervor, daß es sich um die Aufhebung eines rechtskräftigen Urteils und Rückversetzung der Parteien in die Rechtslage z. Zt. des aufgehobenen Urteils handelt.

Auch § 207 ZPO. ordnet eine Rückwirkung an, indem unter gewissen Umständen die Wirksamkeit der Zustellung eines Schriftsatzes zurückbezogen wird auf den Zeitpunkt der Einreichung.

Die Rückwirkungsbestimmungen auf dem weitläufigen und schwer übersehbaren Gebiet des Staats- und Verwaltungsrechts können im Rahmen der vorliegenden Arbeit unerörtert bleiben.

Im Strafrecht steht einer Rückwirkung der grundlegende Satz entgegen nullum crimen, nulla poena sine lege (§ 2 StGB.).

Für die Ablehnung strafrechtlicher Rückwirkung spricht sich auch Riezler [40]) aus.

Wie Genzmer [41]) mit Recht sagt, schweigt sich die Strafrechtsliteratur über diesen Punkt auf der ganzen Linie aus.

Wohl aber können bürgerlich-rechtliche Rückwirkungsfragen unter Umständen für das Strafrecht Bedeutung haben, hierüber siehe unten S. 35 ff.

b) Rückwirkende Gesetze.

Die Prüfung der Rückwirkungsfragen im Strafrecht führt zu einem wichtigen Gebiet der Rückwirkung: zu der Rückwirkung von Gesetzen.

Grundsätzlich wird der Beginn der zeitlichen Wirksamkeit beherrscht von dem Satze nullum crimen nulla poena sine lege, Art. 116 der Reichsverfassung. Derselbe Grundsatz beherrschte auch das Gebiet des ALR. (Einleitung § 14) „Neue Gesetze können auf schon vorhin vorgefallene Handlungen und Begebenheiten nicht angewendet werden". Ein Gesetz kann also frühestens vom Tage der Verkündung ab wirksam werden (für Reichsgesetze hierzu Bestimmungen des Art. 71 RV.).

Von diesem Grundsatz gibt es zahlreiche Ausnahmen. So bestimmt § 2 StGB. in Absatz 1 in obigem Sinne die Nichtrückwirkung des Strafgesetzes. Abs. 2 ordnet dagegen die rückwirkende Anwendung des milderen Strafgesetzes an für den Fall, daß in der Zeit von der Begehung der Tat bis zur Aburteilung mehrere Strafgesetze bestehen.

In ähnlicher Weise gibt es eine Rückwirkung des milderen

40) Iherings Jahrbücher Bd. 66 S. 476 f.
41) a. a. O. S. 425.

Steuergesetzes. Es ist dies zwar nicht gesetzlich festgelegt, doch hat das Preuß. OVG. in mehreren grundlegenden Entscheidungen[42]) die rückwirkende Kraft des milderen Steuergesetzes für das Gebiet der indirekten Steuern bejaht, vermutlich in Anlehnung an die strafrechtlichen Vorschriften des § 2 Abs. 2 StGB.

In neuester Zeit sind auf Grund des Gesetzes zur Behebung der Not von Volk und Reich (Ermächtigungsgesetz) vom 24. März 1933 RGBl. I 141 einige rückwirkende Gesetze ergangen:

So wird durch § 1 des Gesetzes über Verhängung und Vollzug der Todesstrafe vom 29. März 1933 RGBl. I 151 die Wirksamkeit des § 5 der Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze von Volk und Staat vom 28. März 1933 RGBl. I 83 zurückbezogen auf die Zeit zwischen dem 31. Januar und 28. Februar. Ferner bestimmt die erste VO. zur Durchführung des Gesetzes gegen die Ueberfüllung deutscher Schulen und Hochschulen vom 25. April 1933 (RGBl. I 226), daß Schüler nichtarischer Abstammung, die mit dem Beginn des Schuljahres 1933 neu eingetreten sind, als noch nicht aufgenommen gelten.

Es kann nur durch die stattgefundene politische Umwälzung erklärt werden, daß derartige Gesetze mit Rückwirkung, wie insbesondere das Gesetz vom 29. März 1933, die in erheblichem Gegensatz zu den Grundsätzen des Art. 116 RV. und § 2 StGB. stehen, erlassen werden.

Bei der Rückwirkung von Gesetzen liegt die Fiktion darin, daß Tatbestände, die sich vor Erlaß des Gesetzes ereignet haben, als unter der Herrschaft des neuen Gesetzes eingetreten gelten. Der Wirkungsbeginn wird auf bestimmte Termine oder Tatbestände, die sonst nicht dem Gesetz unterfallen würden, zurückbezogen.

§ 4. Sinn und Notwendigkeit der Rückwirkung.

Man kann nun versuchen, aus allen gesetzlich angeordneten Rückwirkungsfällen festzustellen, weshalb überhaupt eine Rückwirkung bestimmt ist.

In fast allen Fällen bedeutet die Anordnung der Rückwirkung

---

42) OVG. — Entscheidg. Bd. 84 S. 129 u. 183; Erlaß und Entscheidung 1932 S. 406; Jur. Wochenschrift 1929 S. 2478; Anderer Ansicht nur RFH. in Jur. Wochenschrift 1930 S. 1120.

eine Berichtigung ungerechter Rechtsfolgen. Jacobi[43]) sieht in der Rückwirkung mit Recht „eine Selbstkritik der Rechtsordnung, das Rechtsgefühl verletzende Rechtsfolgen zu beseitigen".[44])

Wenn man in allen diesen Fällen die Rückwirkung wegdenkt, so ergäbe sich eine nngerechtfertigt starke Belastung einer Partei und die gesetzlich geschützte Möglichkeit, sich zu eigenem Vorteil und fremden Schaden zu betätigen.

Wenn man sich die vielen Fälle der Anfechtung, sei es der Anfechtung von Privatrechtsakten (rechtsgeschäftliche, familienrechtliche und erbrechtliche Anfechtung) oder von Gerichtsakten (ordentliche und außerordentliche Rechtsmittel) ohne Rückwirkung denkt, dann könnte sich zu Ungunsten des Anfechtungsberechtigten die Rechtslage insofern verschlechtern, als die Wirksamkeit der Anfechtung an jeder gültigen Zwischenverfügung scheitert. Der Fehler, der durch die Rückwirkung ausgeglichen werden soll, liegt in dem zugrundeliegenden Tatbestand, Rechtsgeschäft oder Gerichtsakt, so daß nun durch Beseitigung der mangelhaften Grundlage die darauf zurückgehenden Rechtsbetätigungen unter dem Gesichtspunkt der Rückwirkung zu betrachten sind.

Etwas anders liegen die Verhältnisse bei der Genehmigung:

Der Mangel liegt hier nicht in dem zugrundeliegenden Tatbestand, dem Vertrag, sondern in der Person des Vertragschließenden, da dieser ohne Zustimmung keinen wirksamen Vertrag abschließen kann. Erfolgt diese Zustimmung in der Form der Genehmigung, dann ist hiermit die noch fehlende Voraussetzung der Wirksamkeit erfüllt. Die nun bezüglich der Vollwirksamkeit eintretende Rückwirkung ist deshalb erforderlich, weil das Wirksamkeitshindernis beseitigt und der im übrigen gültig abgeschlossene Vertrag jetzt gültig ist. Die Rechtsverhältnisse nach dem Vertragschluß werden so betrachtet, als ob der Vertrag von vornherein gültig und wirksam gewesen wäre.

Die in § 389 BGB. für die Aufrechnung angeordnete Rückwirkung beruht teilweise darauf, daß sich Schuldner und Gläubiger von dem Zeitpunkt an, in dem auch der Schuldner eine Forderung gegen den Gläubiger hat, bezüglich Zinsen, Verzug, Vertragsstrafe und Verjährung, nicht mehr als Gläubiger und Schuldner fühlen. Die Rückwirkung entspricht somit der Billigkeit und der Verkehrs-

---

43) Archiv f. zivil. Praxis Bd 86 S. 54.
44) In diesem Sinne auch Howe a. a. O. S. 40

auffassung. Der römisch-rechtliche Satz: ipso jure compensatur gilt allerdings nur bezüglich der Rückwirkung, da im übrigen die einseitige Erklärung des Aufrechnenden an den anderen hinzukommen muß (§ 388 BGB.). Mit dieser Erklärung gilt rückwirkend die Aufrechnung als in dem Augenblick der Aufrechenbarkeit vollzogen.

Was die Notwendigkeit anbetrifft, von dem Grundsatz des Art. 116 RV. Ausnahmen zu machen und einigen Gesetzen rückwirkende Kraft beizulegen, so geschieht dies z. T., wie z. B. im Falle des § 2 Abs. 2 StGB. zugunsten derer, deren Gesetzesverstoß unter dem Gesichtspunkt mehrerer zeitlich verschiedener Gesetze beurteilt werden müßte und auf den nun das mildeste der zutreffenden Gesetze angewendet werden soll, auch wenn dieses z. Zt. der Tat noch nicht erlassen war. Bei den auf S. 14 f. angeführten Rückwirkungsfällen von Gesetzen handelt es sich darum, daß aus Gründen der objektiven Gerechtigkeit gewisse besonders geartete Tatbestände der Herrschaft eines erst daraufhin ergehenden Gesetzes unterstellt werden, da sie sonst überhaupt nicht in der beabsichtigten Weise beurteilt werden könnten.

Ohne eine genaue Definition der Rückwirkung geben zu wollen und zu können, kann ganz allgemein festgestellt werden, daß in allen diesen Fällen ohne die Inanspruchnahme der Rückwirkung ungerechte und unbeabsichtigte Rechtsverhältnisse eintreten würden, die nur durch die Anwendung einer Rückwirkung vermieden werden können.

Diese Rückwirkung wird, wie gemäß oben S. 7 ff. aus dem Gesetz hervorgeht, mit dem Hilfsmittel der Fiktion durchgeführt.

§ 5. Gefahren der mit der Rückwirkung verbundenen Fiktion.

So sehr in vielen Fällen die Berichtigung einer mangelhaften Rechtslage durch Rückwirkung unserem Rechtsgefühl entspricht, so fern liegt die Art der Durchführung der Rückwirkung, die Fiktion, dem allgemeinen Volksbewußtsein. Man wird die Fiktion immer als gekünsteltes Juristenrecht betrachten.

Besonders gefährlich ist die Verwendung des Fiktionsbegriffes deshalb, weil er die Möglichkeit bietet, die wirkliche Rechtslage in einer über die eigentlichen Ziele hinausgehenden Weise zu verändern.

Wie weit sich infolge von Fiktionen das Recht von der Wirklichkeit entfernen kann, zeigt folgender, vom RFH.[45]) entschiedener steuerrechtlicher Fall:

Der ledige A. war am 3. I. 30 gestorben. Sämtliche Nachlaßverbindlichkeiten waren abschließend festgestellt und geordnet. Es erging am 26. Juli 1930 eine Notverordnung des Reichspräsidenten zur Behebung finanzwirtschaftlicher und sozialer Mißstände (RGBl. I 312), die im ersten Abschnitt 4. Titel §§ 13 ff. eine Ledigensteuer einführte. Daraufhin erhob das Finanzamt von dem fast 7 Monate vor Erlaß der NotVO. verstorbenen A. die Ledigensteuer. Der RFH. bejaht in der obengenannten Entscheidung diese Steuerpflicht unter der Begründung, daß bei der Ledigensteuer die Einkommensteuerveranlagung von 1929 zugrunde gelegt werde und der A. zu der Zeit noch gelebt habe, somit „die Steuerschuld rückwirkend in der Person des A. entstanden" sei.

Eine derartige, sogenannte Totensteuer hat der RFH. in zahlreichen Entscheidungen[46]) auch für andere Steuern bejaht.

Zu begrüßen ist es, daß diese Art — man kann mit vollem Recht sagen — einseitiger Rechtsprechung von der gesamten Fach- und Tagespresse abgelehnt wurde. Auch in wirtschaftlichen Notzeiten, wie im Jahre 1930 kann es dem höchsten deutschen Finanzgericht nicht erlaubt sein, zur Füllung der Staatskassen das Fortleben längst Verstorbener zu fingieren. Der RFH. mußte sich daraufhin den auf die obige Entscheidung gemünzten Vorwurf der „Kassenjustiz"[47]) gefallen lassen. Besonders bedenklich ist, daß aus derselben Tendenz heraus der RFH. wie oben S. 16 Anm. 42 erwähnt[48]) die Rückwirkung des milderen Steuergesetzes ablehnt.

Dieser allerdings sehr krasse Fall mag genügen, zu zeigen, wie groß bei der Verwendung der Fiktion die Gefahr der Tendenzgesetzgebung und -rechtsprechung ist.

Schon aus diesem Grunde empfiehlt sich, trotzdem die Fiktion für unser heutiges Rechtsleben unentbehrlich ist, im Interesse der Klar-

---

45) Sammlung Bd. 27 S. 308.

46) z. B. Sammlg. Bd. 2 S. 213, Bd. 7 S. 291, Bd. 14 S. 119 und Bd. 28 S. 197 u. a.

47) Frankfurter Zeitung v. 20. Febr. 1931.

48) Jur. Wochenschrift 1930 S. 1120.

heit und Reinheit von Recht und Rechtsprechung eine möglichst seltene Anwendung der rückwirkenden Fiktion.

Ein zweiter Punkt, der erheblich gegen rückwirkende Fiktion spricht und ebenfalls von jeder nicht unbedingt notwendigen Anwendung abrät, ist die Schwierigkeit, daß sie sich in vielen Fällen nicht ohne Härten im Hinblick auf die inzwischen auf der Grundlage des rückwirkend beseitigten Tatbestandes entstandenen Rechte durchführen läßt.

Diese Frage wird im nächsten Hauptteil behandelt.

B. Die Grenzen der Rückwirkung.

§ 6. Unmöglichkeit der Naturalrestitution.

a) Fortdauer von Tatsachen, nur rückwirkende Aenderung in der rechtlichen Beurteilung.

Wenn ein Rechtsakt mit rückwirkender Kraft aufgehoben wird, so bedeutet dies nicht, daß restlos alle Folgen, die auf dem aufgehobenen Rechtsakt beruhen, beseitigt werden, mithin eine Naturalrestitution ähnlich der des § 249 Satz 1 BGB. eintrete. Die natürlichen Grenzen der Rückwirkung finden sich in den einmal vorhandenen Tatsachen, die, auch wenn sie auf dem aufgehobenen Rechtsakt beruhen, nie wieder beseitigt werden können. Wenn jemand auf Grund rechtskräftigen Urteils hingerichtet, im Wiederaufnahmeverfahren aber freigesprochen wird oder wenn in einer nichtigen Ehe Kinder hervorgebracht werden, so sind das unabänderliche Tatsachen. Die Rückwirkung bezieht sich vielmehr nur auf die rechtliche Beurteilung der vorhanden Tatsachen. Sie bewirkt, daß der Mann unschuldig hingerichtet worden ist und daß die Kinder, soweit nicht die Schutzvorschriften eingreifen, unehelich sind.

Ebenso unterliegt der Rückwirkung ein auf Grund eines aufgehobenen Rechtsaktes entstandener tatsächlicher Zustand. Wenn eine Ehe für nichtig erklärt wird, so kann die Tatsache, daß die Ehegatten zusammen gelebt haben, nicht mehr beseitigt werden, wohl aber können alle Rechtswirkungen in anderem Licht erscheinen. Wenn Neustadt[1]) sagt, man könne die Tatsache der Auflösung einer Ehe

1) Eherecht S. 167.

nicht aus der Welt schaffen, so hat er damit recht, aber es ändert sich die Beurteilung der auf Grund der aufgehobenen Auflösung erfolgten Rechtswirkungen, z. B. die auf Grund der Auflösung geschlossene zweite Ehe entbehrt der Rechtsgrundlage und ist nichtig.

Die mit rückwirkender Kraft ausgestatteten Rechtsakte entziehen demnach allen auf dem aufgehobenen, von der Rückwirkung betroffenen Recht beruhenden rechtlichen oder tatsächlichen Vorgängen den Rechtsgrund, so daß sie nunmehr unter Ausschaltung dieses Rechtsgrundes zu beurteilen sind.

Zu unterscheiden sind hiervon die Fälle der deklarativen Rückwirkung, in denen durch Feststellungsurteil die mit diesem in Widerspruch stehenden Rechtsverhältnisse rückwirkend als ungültig festgestellt werden.

In der genauen Beantwortung der Frage, wie weit die Rückwirkung geht, besteht Streit infolge Fehlens ausdrücklicher Rechtsnormen.

b) Die wichtigsten gesetzlich angeordneten

In zahlreichen Einzelvorschriften werden der Rückwirkung Grenzen gesetzt.

So ist in § 184 Abs. 2 BGB. der grundsätzlich rückwirkenden Kraft der Genehmigung eine Grenze in den Zwischenverfügungen des Genehmigungsberechtigten gesetzt. Ferner bleiben nach § 115 die Verfügungen eines Vormundes wirksam, auch wenn die Entmündigung infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben wird.

Im Anfechtungsrecht tritt fast ausnahmslos eine unbeschränkte Rückwirkung ein, da hier der Gedanke, den Anfechtungsberechtigten zu schützen, überwiegt.

Nur auf Grund der Vorschrift des § 142 Abs. 2 könnten Rückwirkungsgrenzen entstehen, da hier derjenige geschützt wird, der nach Maßgabe der Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens (§§ 932 ff., 892 ff. usw.) gutgläubig ist.

Ebenso wird bei der Aufrechnung die gemäß § 389 eintretende Rückwirkung unbeschränkt durchgeführt, sie macht gemäß § 392 nicht einmal vor dem hoheitsrechtlichen Akt der Beschlagnahme durch das Amtsgericht halt.

Eine Reihe gesetzlich bestimmter Rückwirkungsgrenzen gibt es

im Familienrecht, diese werden gesondert im dritten Hauptteil behandelt.

Auf dem Gebiete des Prozeßrechts gibt es ebenfalls einzelne Vorschriften, die die Rückwirkung begrenzen.

So bestimmen die §§ 717 Abs. 2 und 945 ZPO., daß, falls eine vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung oder die Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung wieder aufgehoben wird, der nunmehr ungerechtfertigt geschädigten Partei nicht die der absoluten Rückwirkung entsprechenden Eigentumsklagen, sondern nur Schadensersatzklagen gegeben sind, die zwar nach § 249 Satz 1 BGB. der Natural-Restitution dienen sollen, aber mit obligatorischer und nicht mit dinglicher Kraft.

§ 836 Abs. 2 ZPO. stellt eine Schranke der Rückwirkung bei zu Unrecht ergangenem Ueberweisungsbeschluß für den gutgläubigen Drittschuldner auf. Auch § 1018 Abs. 2 setzt Grenzen der Rückwirkung fest.

Eine klare, für das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit geltende Festsetzung der Rückwirkungsgrenzen findet sich in § 32 FGG. und den auf diesem Grundsatz beruhenden §§ 55, 61, 63.

§ 32 besagt:

> „Ist eine Verfügung, durch die jemand die Fähigkeit oder die Befugnis zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder zur Entgegennahme einer Willenserklärung erlangt, ungerechtfertigt, so hat, sofern nicht die Verfügung wegen Mangels der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts unwirksam ist, die Aufhebung der Verfügung auf die Wirksamkeit der inzwischen von ihm oder ihm gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte keinen Einfluß."

Diese Vorschrift erklärt sich aus dem Bestreben, Dritte in ihrem Vertrauen auf die amtlich geprüfte Richtigkeit der gerichtlichen Verfügung zu schützen. Dies umsomehr, als nach § 12 FGG. für das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Inquisitionsmaxime gilt.

Noch weiter als § 32 FGG. geht die darauf beruhende Vorschrift des preußischen Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit von 1899 Art. 4 Satz 3:

> „Rechte Dritter, die auf Grund der angefochtenen Verfügung erworben sind, werden durch die Abänderung der Verfügung nicht beeinträchtigt."

§ 7. Grenzen nur kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung.

In allen diesen Fällen treten kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift Grenzen der Rückwirkung auf. Eine allgemeine, für das ganze Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit geltende Rechtsnorm über die Schranken der Rückwirkung, etwa ähnlich der des § 32 FGG., gibt es nicht.

Hellwig hat aber in seiner Schrift „Grenzen der Rückwirkung" versucht, den fehlenden allgemeinen Grundsatz aus den Einzelbestimmungen zu entnehmen, um damit im Gesetz nicht geregelte Fälle zu entscheiden.

Insbesondere zieht er die allgemeine Regelung für die freiwillige Gerichtsbarkeit in Frage FGG. heran, um von diesem Gebiet einen Analogieschluß auf das Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit zu machen. Dies scheitert jedoch an dem durch § 12 FGG. festgelegten Unterschied zwischen freiwilliger und streitiger Gerichtsbarkeit. Der für das bürgerliche Recht im Zivilprozeß bestimmte Grundsatz der Verhandlungsmaxime (§§ 128, 130 Nr. 2—5, 278 Abs. 1 u. a. ZPO.) besagt, daß das Gericht nicht die materielle Wahrheit zu erforschen hat, sondern sich an die Anträge, Tatsachen und Beweismittel, die die Parteien vorgebracht haben, halten muß. Infolgedessen erfordert es hier die Autorität des Staates nicht in demselben Maße wie bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit, daß Dritte im Vertrauen auf Urteile allgemein geschützt werden, die ja doch auf der Grundlage der Verhandlungsmaxime ergangen sind und daher nicht die materielle Wahrheit zu enthalten brauchen.

Das Gesetz hat in den Fällen, in denen aus Gründen der Billigkeit oder Verkehrssicherheit ein Schutz des Dritten erforderlich schien, ausdrücklich in jedem einzelnen Fall die Rückwirkung in bestimmter Weise beschränkt. Die Einzelbestimmungen sind Ausnahmen von dem allgemeinen Grundsatz der Rückwirkung. Hellwigs Analogieschluß a minore ad maius ist die Umkehrung der dem Gesetz tatsächlich zugrunde liegenden Rechtsnorm.[2])

---

2) So als ausdrückliche Gegner Hellwigs: Staudinger zu § 1326, 2 b Wolf § 11 Anmerkung 7; Riezler Iherings Jahrbücher Bd. 66 S. 414 Waldecker im Recht 1908 S. 594; Oetker Deutsche Jur. Ztg. 1904 S. 1031 Genzmer S. 418; Helbig S. 56 f., Howe S. 41 ff. bes. S. 50; Wurzer Iherings Jahrbücher Bd. 33 S. 197.

Dem Grundsatz Hellwigs schließen sich an Neustadt[3]) und bezüglich des von Hellwig schon 1904 in der Deutschen Juristenzeitung[4]) angedeuteten, später näher entwickelten Grundsatzes auch Endemann.[5])

Nur eine einzige Vorschrift könnte auf den ersten Blick geeignet sein, Hellwigs Ansicht zu stützen, nämlich die des § 142 Abs. 2 BGB. Es wird hier für das Gebiet der Anfechtung von Rechtsgeschäften festgesetzt, daß, wer die Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte, für sich nicht den Grundsatz der beschränkten Rückwirkung in Anspruch nehmen kann. Diese Einzelvorschrift gilt aber nur für die anfechtbaren Rechtsgeschäfte, nicht für die Aufhebung von konstitutiven Rechtsakten im allgemeinen und besagt weiterhin nichts anderes als, daß die Bösgläubigkeit von dem Schutz der beschränkten Rückwirkung überhaupt ausgeschlossen ist. Der gute Glauben wird hier nur auf Grund der geltenden Schutzbestimmungen (§§ 892, 932 u. a. BGB.) geschützt und nicht etwa auf Grund des von Hellwig behaupteten Grundsatzes.

Wenn Hellwig (Grenzen der Rückwirkung S. 17) dennoch den § 142 II zum Beweise seines Grundsatzes heranzieht, so liegt der Verdacht nahe, daß er in etwas veränderter Form einen allgemeinen Schutz des guten Glaubens einführe, ein Vorwurf, gegen den er sich mehrfach[6]) ausdrücklich verwahren muß.

Die bisherige Erörterung ergibt, daß der grundsätzlich unbeschränkten Rückwirkung nur in den gesetzlich ausdrücklich bestimmten Fällen Grenzen gesetzt werden können.

§ 8. Beweislastfragen.

Die Entscheidung, daß grundsätzlich unbeschränkte Rückwirkung eintritt und die Schranken gesetzlich ausdrücklich bestimmt sein müssen, ist wichtig für die Fragen der Beweislast.

Die allgemeine Regel: Beweislast des Klägers für die Entstehungstatsachen, Beweislast des Beklagten für die Tilgungstatsachen ist auch hier anzuwenden.

Wer das Vorliegen einer Rückwirkung behauptet, sei es als Grundlage eines Klaganspruches, sei es als Gegenwirkung, muß be-

3) § 6 Nr. 3 S. 168.
4) S. 836.
5) § 161 Anmerkung 25 S. 182.
6) S. 18, 28, 36.

weisen, daß ein gesetzlicher Rückwirkungsfall vorliegt. Wer z. B. ein Rechtsgeschäft anficht, hat zugleich die gemäß § 142 Abs. 1 eintretende Rückwirkung geltend zu machen. Ebenso muß sich der Beklagte, der eine Aufrechnung und auf der Rückwirkung der Aufrechnung beruhende Rechtswirkungen geltend macht, dabei neben den in §§ 387 ff. geregelten allgemeinen Voraussetzungen für die Aufrechnung auf § 389 BGB. berufen.

Der Grundsatz, daß im allgemeinen absolute Rückwirkung eintritt, die nur durch besondere Gesetzesanordnung durchbrochen wird, bürdet dem, der das Vorliegen von Beschränkungen geltend macht, die Beweislast dafür auf. Es tritt infolge der grundsätzlich absoluten Rückwirkung für den dies behauptenden eine Beweiserleichterung ein, da der Gegner die Ausnahme, nämlich die Begrenzung der Rückwirkung, beweisen muß.

Die Tatsache, daß eine Rückwirkung eintritt, daß also der Erfolg als vor der Ursache eingetreten gilt, ändert nichts an der zeitlichen Aufeinanderfolge der Rechtswirkungen. Maßgebend ist hier der Zeitpunkt in dem der die Rückwirkung herbeiführende Umstand eintritt, die Anfechtungserklärung, die Genehmigung, die Aufrechnungserklärung.[7])

C. Rückwirkungsfälle und Rückwirkungsgrenzen im Familienrecht.

Im dritten Hauptteil sind familienrechtliche Rückwirkungsfälle und die gesetzlich zugelassenen Grenzen der Rückwirkung zu besprechen.

§ 9. Verlöbnisrecht.

Auf dem Gebiete des Verlöbnisrechts (BGB.: §§ 1297 ff.) gibt es keine ausdrückliche Anordnung von Rückwirkungen. Da aber die überwiegende heutige Meinung [1]) in dem Verlöbnisakt einen Vertrag sieht, müssen zur Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften

7) So mit Recht Leonhard S. 165. Beweislast

1) Wolff § 4, Endemann § 151 a, Dernburg § 6 IV; Leonhard Bürgerliches Recht S. 159, Staudinger Vorbemerkung II zu §§ 1297 ff. Goldmann-Lilienthal S. 1; Opet Vorbemerkung Ziff. 2.

in den §§ 1297 ff. die allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte, insbesondere die §§ 104 ff., 116 ff., 306 ff. herangezogen werden.

a) Genehmigung.

Es ergeben sich somit mehrere Rückwirkungsfälle. Wenn der Minderjährige eine Verlobung abschließt ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters, dann wird die Verlobung mit der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters rückwirkend gültig gemäß § 107 f. in Verbindung mit § 184.[2])

Bei der weittragenden Bedeutung des Verlöbnisses für die Familien der beiden Verlobten und die neu zu gründende Familie des Brautpaares muß dem gesetzlichen Vertreter das Recht gegeben sein, den Abschluß des Verlöbnisses entscheidend zu beeinflussen. Dazu kommt, daß infolge Fehlens jeglicher Formvorschriften für die Eingehung eines Verlöbnisses die Anwendung der allgemeinen Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit hier und da Anhaltspunkte für das Vorliegen eines wirklichen Verlöbnisses bietet, da weitgehende familien-, erb- und strafrechtliche Folgen daran geknüpft sind.

Eine Einschränkung der Rückwirkung gemäß § 184 Abs. 2 ist in diesem Zusammenhang nicht denkbar.

b) Anfechtung.

Ferner wird ganz allgemein anerkannt[3]), daß für die Anfechtbarkeit eines Verlöbnisses wegen Fehlens analoger Verhältnisse nicht die eherechtlichen Vorschriften der §§ 1323 ff. sondern die allgemeinen Vorschriften der §§ 116 ff. Anwendung finden. Es kann demgemäß ein Verlöbnisvertrag wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und Drohung, gemäß §§ 119, 123 angefochten werden. Es tritt dann gemäß § 142 rückwirkende Nichtigkeit des Verlöbnisses ein. Es bleiben hierbei als Reste des bis zur Anfechtung gültigen Verlöbnisses der in § 122 bestimmte Vertrauensschadenersatz und gemäß § 142 Abs. 2 im Rahmen der allgemeinen Vorschriften der Schutz des guten Glaubens bestehen.

Die Anfechtung gemäß §§ 119 und 123 hat dem in § 1298 be-

---

2) In diesem Sinne: Wolff § 5 IV, Endemann § 151 a Anmerkg. 12 b Staudinger Vorbemerkung III zu §§ 1297 ff., Warneyer zu § 1297 I Goldmann-Lilienthal S. 6; Opet Vorbemerkung Ziff. 5 a, RGZ. Bd. 61 S. 272, Bd, 98 S. 15.

3) Wolff § 5 IV Staudinger Vorbemerknng VI zu § 1297 Warneyer a. a. O. Opet Vorbemerkung Ziff. 6.

stimmten Rücktritt voraus, daß der Anfechtende infolge der dinglichen Rückwirkung der Anfechtung zur Herstellung des früheren Zustandes den Eigentumsanspruch gemäß § 985 geltend machen kann, während den Verlobten im Falle des Rücktritts nur die Vorschriften des § 1301 in Verbindung mit § 815 zur Verfügung stehen. Es ist allerdings festzustellen, daß der in § 122 bestimmte Schadenersatzanspruch im Rahmen der für das Verlöbnis ergangenen Sonderbestimmung des § 1298 liegen muß. In diesem Sinne die für die Zulässigkeit der Anfechtung angeführte Literatur.

§ 10. Ehenichtigkeit und -anfechtbarkeit.

Aus der Bestimmung, daß die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit einer Ehe nur im Wege der Nichtigkeits- und Anfechtungsklage geltend gemacht werden kann (§§ 1329, 1343 BGB., 606 ZPO.) folgt, daß die vernichtbare und anfechtbare Ehe bis zur Geltendmachung der Nichtigkeit als gültig anzusehen ist. Dies ist für die anfechtbare Ehe ausdrücklich in § 1343 Abs. 2 bestimmt, hat aber infolge durchaus analoger Verhältnisse auch für die vernichtbare Ehe zu gelten.[4])

a) Grundsätzlich absolute Rückwirkung.

Die Nichtigkeitserklärung einer Ehe bedeutet demnach grundsätzlich absolute Rückwirkung gegenüber allen auf der durch die Ehe geschaffenen Rechtsgrundlage beruhenden Rechtsverhältnissen. Vor allem bedeutet die Unehelichkeit der Kinder, Ausfall jeglicher Unterhaltsansprüche, kein allgemeiner Schutz Dritter, die mit einem der Ehegatten ein Rechtsgeschäft vorgenommen haben.

b) Gesetzliche Rückwirkungsgrenzen.

Zur Milderung dieser krassen Folgerungen, die alle gutgläubigen Beteiligten in ungerechter Weise belasten würden, nimmt das Gesetz in den wichtigsten Fällen einen Ausgleich vor durch Beschränkung der Rückwirkung zuungunsten derer, die bezüglich der Nichtigkeit gutgläubig sind.

In § 1344 ist gesagt, daß für den bezüglich der Vernichtbarkeit einer Ehe gutgläubigen Dritten die vor Nichtigkeitserklärung zwischen ihm und einem der Ehegatten geschlossenen Rechtsgeschäfte von der

4) So auch: Staudinger zu § 1329, 2 Reichsgerichtsräte zu § 1329, 1. Riezler S. 417 ff. Clapier de Colongue S. 47 f. RGZ. Band 88 S. 328.

Nichtigkeit der Rückwirkung ausgeschlossen werden. Diese Vorschrift wäre völlig überflüssig, wenn Hellwigs für das BGB. allgemein aufgestellter Grundsatz, daß die Rückwirkung vor Rechten Dritter halt mache, richtig wäre. Ferner wird die wichtigste familienrechtliche Rechtswirkung der Ehe nicht rückwirkend vernichtet, indem durch § 1699 bestimmt wird, daß Kinder aus vernichtbaren Ehen auch nach Vernichtung der Ehe als ehelich zu gelten haben, falls ein Ehegatte gutgläubig war bezüglich der Nichtigkeit. Auch § 1345 setzt zugunsten des Ehegatten, dem bei der Eheschließung im Gegensatz zu dem anderen Ehegatten die Ehenichtigkeit unbekannt war, Rückwirkungsgrenzen fest, indem er diesem das Recht gibt, in vermögensrechtlicher Beziehung so gestellt zu werden, als ob eine Scheidung, also eine Aufhebung der Ehe ex nunc und die alleinige Schuldigerklärung des anderen erfolgt sei. Die Unterhaltspflicht regelt sich dann nach den Vorschriften der §§ 1578 ff. Es steht ferner dem Gutgläubigen in diesem Fall das Recht aus § 1584 zu, er kann Schenkungen, die er während der Verlobungs- und Ehezeit gemacht hat, widerrufen.[5])

Es besteht weiterhin trotz der Nichtigkeitserklärung der Ehe zwecks Beseitigung von Zweifeln über die Abstammung der Kinder für die Frau das Ehehindernis des § 1313. Eine Rückwirkungsbeschränkung für einen besonders gelagerten Fall regelt § 1771 Abs. 2.[6])

c) Unbeschränkte Rückwirkung bei der „Nichtehe".

Alle diese Schranken fallen weg bei der sogenannten Nichtehe im Sinne der §§ 1324 Abs. 1, 1329 Abs. 2 (Verstoß gegen die Formerfordernisse des § 1317 zugleich mit Verstoß gegen die Sollvorschrift des § 1318 Abs. 3), gleichgültig, ob beide Ehegatten bösgläubig, einer gutgläubig oder beide gutgläubig (Putativehe) sind. Es bestehen hier, ohne daß es einer besonderen Vernichtung bedarf, weder familien- noch erbrechtliche Wirkungen, die Kinder sind in jedem Fall unehelich (§ 1699 Abs. 2), es besteht in keinem Augenblick eine Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft oder gegenseitigen Treue (§ 1353). Es hat keine Namensänderung der Frau gegeben, keine Schlüsselgewalt. Auch bei Vorliegen des § 1345 Abs. 1 läßt

5) RGZ. Band 58 S. 382.
6) Hierüber näheres S. 57.

§ 1345 Abs. 2 keine Unterhaltspflicht bestehen, kein Erb- und Pflichtteilsrecht der Ehegatten, kein Schutz der bezüglich der Vernichtbarkeit der Ehe gutgläubigen Dritten gemäß § 1344 Abs. 2 ferner § 1771 Abs. 2 Satz 2. Die Ehegatten werden bezüglich aller rechtlichen und tatsächlichen Vorgänge so behandelt, als ob gar keine Ehe vorläge.

Beschränkungen der Rückwirkung könnten sich nur aus allgemeinen Grundsätzen ergeben, so Schutz des guten Glaubens auf Grund §§ 932 ff., 892 ff., Schutz des gutgläubigen Dritten bezüglich Schlüsselgewalt als einer Vollmacht gemäß § 171, Ausgleich der Unterhaltungsforderung für die Vergangenheit aus dem Gesichtspunkt der Bereicherung oder Geschäftsführung ohne Auftrag.

d) Rückwirkung und Grenzen bei den Ehewirkungen im einzelnen:

Bezüglich der Ehewirkungen im allgemeinen (§§ 1353 ff.) treten ebenfalls Rückwirkungen ein.

1. Eheliche Lebensgemeinschaft.

Die gemäß § 1353 angeordnete Verpflichtung der Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft besteht auch bei einer nichtigen Ehe, doch wird man diese Verpflichtung bei der Vernichtung der Ehe nicht der Rückwirkung unterwerfen dürfen, obwohl hierfür keine Beschränkungsbestimmung im Gesetz vorhanden ist. Es würde dies sonst zu Folgerungen führen, die zu unseren Auffassungen von Moral und Ehe in krassem Widerspruch ständen, wenn man z. B. rückwirkend den stattgefundenen Geschlechtsverkehr als unehelich bezeichnen wollte [7]), zumal die daraus hervorgegangenen Kinder gemäß § 1699 bei Gutgläubigkeit mindestens eines Elternteils als ehelich zu gelten haben.

Falls allerdings der Nichtigkeitsgrund der Blutschande (§ 1310 mit § 1327) vorliegt, so darf es nicht möglich sein, durch Heirat die Legitimation eines zivil- und strafrechtlich unhaltbaren Zustandes herbeizuführen. In diesem Fall muß man der Frau das Recht geben, durch Geltendmachung der Mißbrauchseinrede des § 1353 Abs. 2 dem Verlangen des Ehemannes auf Herstellung ehelicher Lebens-

---

7) In diesem Sinne mit Recht: Wolff. § 26 II 1 u. Anmerkg. 12; Genzmer S. 420 f.

gemeinschaft entgegenzuwirken. Es greift hier auch die Anwendbarkeit des § 173 StGB.[8]) durch.

Gegen die Rückwirkung der Ehenichtigkeit bezüglich der Verpflichtung aus § 1353 Abs. 1 spricht auch die von Genzmer[9]) mit Recht angestellte Erwägung, daß keine anständige Frau ihre Ehe anfechten könne, falls dann ihr Verkehr mit ihrem Mann als unehelich anzusehen sei.

Bestritten ist, ob nach Vernichtung der Ehe die Frau unter Umständen auf Schadenersatz aus § 825 BGB. klagen kann. Dies ist wohl im Einklang mit dem Wortlaut des § 825 „außereheliche Beiwohnung" allgemein zu verneinen, zumal Genzmer[10]) richtig sagt, daß durch Rückwirkung nachträglich kein Verschulden entstehen könne, da ein Vorgang, der zu der Zeit als er sich abspielte, bei keinem der Beteiligten subjektiv für eine unerlaubte Handlung gehalten wurde, nicht rückwirkend zu einer solchen werden könne. Die Gegenmeinung[11]) mag in den Fällen recht haben, in denen der Mann unter der Vorspiegelung, er sei geschieden oder seine vorige Frau sei gestorben, eine Frau bewußt zur Gestattung der ehelichen Beiwohnung veranlaßt.

2. Namensführung der Frau.

Gemäß § 1355 erhält die Frau den Familiennamen des Mannes. Bei Nichtigerklärung der Ehe muß die Frau rückwirkend den Mannesnamen ablegen und ihren Mädchennamen wieder annehmen. In der Praxis geschieht dies, wie Genzmer[12]) feststellt, nur sehr selten, da im allgemeinen die Frau den Mannesnamen behält. Jedoch kann das nicht als ein Gewohnheitsrecht betrachtet werden.[13])

Wenn eine nichtige Ehe durch Tod des zur Anfechtung Berechtigten (beim Tode des zur Anfechtung Nichtberechtigten gilt § 1342) oder Scheidung aufgelöst ist, so kann gemäß § 1329 die Nichtigkeit auch in anderer Weise als durch Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden. Die in diesen Fällen eintretende rückwirkende Nichtig-

---

8) In diesm Sinne: RGSt. Band 5 S. 159 Jur. Wochenschrift 1927 S. 1209

9) a. a. O. S. 420 f.

10) a. a. O. S. 421.

11) besonders Staudinger 3 a zu § 825, Vorbemerkung VII zu § 1323, Riezler Jherings Jahrbücher Bd. 66 S. 479 ff.

12) S. 420.

13) RGZ. Bd. 67 S. 61.

keit entzieht ebenfalls der Frau den Namen des Mannes. Die Vorschrift des § 1577, deren analoge Anwendung Genzmer[14]) für diesen Fall vorschlägt, paßt nicht hierher und widerspricht den Grundsätzen der Rückwirkung. Solange in diesen Fällen die Nichtigkeit der Ehe noch nicht geltend gemacht ist, ist sie gültig und die Frau hat das Recht, den Mannesnamen als Witwe oder gemäß § 1577 als geschiedene Frau weiter zu führen. Erfolgt die Geltendmachung der Nichtigkeit z. B. im Prozeß durch Feststellungsklage (§ 256 ZPO.), so tritt rückwirkende Nichtigkeit ein, mithin die Verpflichtung für die Frau, den Mannesnamen abzulegen. Es ist dem nicht zuzustimmen, daß hier durch analoge Verwendung des § 1577 eine Rückwirkungsgrenze errichtet werden soll.

3. Wohnsitzrecht.

Ferner verliert die Frau nach Vernichtung der Ehe den Wohnsitz, den sie gemäß § 12 in Verbindung mit § 1354 grundsätzlich mit dem Manne teilt, so daß nun der Wohnsitz maßgebend ist, den sie ohne die Ehe gehabt hätte.

4. Leistungen der Frau in Haushalt und Geschäft.

Die Rückwirkung der der Frau gemäß § 1356 zustehenden Rechte und Pflichten wirkt sich insofern aus, als Leistungen der Frau im Haushalt und Geschäft des Mannes unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag zu betrachten sind. Falls durch die Tätigkeit der Frau für den Mann eine Bereicherung entstanden ist, wird dieser Bereicherung rückwirkend der Rechtsgrund des § 1356 entzogen, so daß die Frau nun Bereicherungsansprüche aus §§ 812ff. gegen den Mann hat, allerdings unter besonderer Berücksichtigung des § 814, so daß man unter Wahrung des Gesichtspunktes der Rückwirkung auf dem Wege des § 814, insbesondere Halbsatz 2, im allgemeinen zu demselben Ergebnis kommt wie Endemann[15]), der jegliche Herausgabe der Bereicherung in diesen Fällen ablehnt, da es sich um die „Erfüllung einer in der tatsächlichen eheartigen Lebensgemeinschaft begründeten Pflicht" handle.

5. Schlüsselgewalt der Frau.

Für die Schlüsselgewalt, die die Frau gemäß § 1357 ausübt, be=

14) S. 420.
15) S. 174 Anmerknng 72.

stehen im Verhältnis gegenüber Dritten Rückwirkungsgrenzen in § 1344 Abs. 1, da Dritte, die bezüglich der Vernichtbarkeit einer Ehe gutgläubig sind, geschützt werden. Im Innenverhältnis zwischen den Ehegatten würde bei Ausschaltung des Rechtsgrundes der Ehe ein Auftragsverhältnis zwischen Mann und Frau anzunehmen sein, kraft dessen die Frau berechtigt und verpflichtet ist, das ihr von dem Mann übertragene Geschäft der Haushaltsführung auszuführen.

Die absolute Rückwirkung der „Nichtehe" kann in diesem Fall beschränkt werden durch Annahme eines Vollmachtverhältnisses im Sinne der §§ 164 ff., sodaß hier ein Schutz gutgläubiger Dritter gemäß §§ 170 und 171 eintritt.[16])

6. Haftung der Ehegatten.

Bestritten ist es, nach welchen Vorschriften nach Eintritt der Rückwirkung die Haftung der Ehegatten untereinander beurteilt wird, ob nach § 1359 oder im Sinne einer absoluten Rückwirkung nach den allgemeinen Vorschriften des § 276. Für die Anwendung des § 1359 wird angeführt[17]), daß für eine Handlung, die sich im Rahmen der z. Zt. der Vornahme zutreffenden Vorschrift des § 1359 hielt, nicht nachträglich eine Haftung eintreten könne, da eine Schuld nicht rückwirkend begründet werden kann. Dagegen führt die Gegenmeinung[18]) an, daß es sich hier nicht um das subjektive Moment der Schuld, sondern um eine Haftung für früher tatsächlich begangenes leichtes Verschulden handle. Eine Schuld werde nicht rückwirkend begründet, sondern sei immer vorhanden gewesen, nur anders beurteilt worden.

Die letztere, grundsätzlich anzuerkennende Ansicht kann in ihren Härten gemildert werden durch die Erwägung, daß man, wie man fast alle Rückwirkungshärten zugunsten der gutgläubigen Ehegatten oder Dritten begrenzt, so auch hier zugunsten des gutgläubigen Ehegatten die leichtere Haftung aus § 1359 bestehen läßt.

7. Unterhaltsansprüche.

Die Rückwirkung auf dem Gebiete der Unterhaltspflicht der Ehegatten untereinander (§ 1360) wirkt sich so aus, daß infolge

16) Hierzu auch Wolff § 29 III, Genzmer S. 424.
17) Dernburg S. 72, Clapier de Colongue S. 67 f.
18) Staudinger Vorbemerkung VII vor § 1323, Genzmer S. 422 Anmerkg. 36.

Wegfalls der durch die Ehe geschaffenen Rechtsgrundlage eine weitere Unterhaltszahlung ausfällt. Diese Rückwirkungsfolge wird begrenzt durch die Vorschrift des § 1345, die zugunsten des gutgläubigen Ehegatten die Unterhaltsverhältnisse für die Zukunft so regelt, daß der andere Ehegatte, falls er bösgläubig ist, sich vermögensrechtlich dem anderen gegenüber so verhalten soll, als ob eine Scheidung erfolgt und er allein für schuldig erklärt sei.

Eine weitere Folge der rückwirkenden Ehevernichtung ist es, daß den während der Ehe erfolgten Unterhaltszahlungen der Rechtsgrund entzogen wird, mithin der gegenseitige Ausgleich nach Bereicherungsrecht oder nach den Grundsätzen der auftraglosen Geschäftsführung stattzufinden hätte, wobei bei Bösgläubigkeit gegenüber der Leistungsverpflichtung oder bei Leistungsverpflichtungen, die auf Sitte oder Anstand beruhen, § 814 in besonderer Weise zu berücksichtigen ist. Auch außerhalb der Rückwirkung ist eine Unterhaltsforderung für die Vergangenheit gemäß §§ 1360 Abs. 3 mit 1613 nicht zulässig.

8. Güterrechtliche Fragen.

Auf dem Gebiete des Güterrechts gibt es einige Verschiedenheiten in der Rückwirkung und deren Beschränkung, je nachdem, ob gesetzlicher oder vertragsmäßiger Güterstand vorliegt.

Bei Vorliegen des ordentlichen gesetzlichen Güterstandes hat die Frau nach Vernichtung der Ehe das Recht, nach den allgemeinen Vorschriften, die kraft Rückwirkung an die Stelle der familienrechtlichen Sonderbestimmungen treten, dingliche Herausgabe des eingebrachten Gutes gemäß den §§ 985 ff. zu verlangen. Die Nutzungen kann sie, falls noch vorhanden, ebenfalls mit dem Eigentumsanspruch, andernfalls mit der Bereicherungsklage (§§ 812 ff.) herausverlangen. Wenn der Ehemann bösgläubig ist, ist bei Geltendmachung von Bereicherungsansprüchen § 819 in Verbindung mit den §§ 990 und 292 anzuwenden, so daß der Mann infolge Rückbeziehung der Rechtshängigkeit auf den Zeitpunkt des Empfangs der Sache oder der Kenntniserlangung zurück zur Erstattung auch bei Wegfall der Bereicherung verpflichtet ist.

Auch eine vertragsmäßige Regelung des Güterrechts wird von der Rückwirkung erfaßt. Der Ehevertrag wird, da er auf der

Rechtsgrundlage der Ehe beruht, mit deren Vernichtung zusammen rückwirkend nichtig. Es treten dann dieselben Folgen ein, wie bei dem ordentlichen gesetzlichen Güterstand. Doch kann hier, wie Endemann [19]), Genzmer [20]) und Clapier de olongue [21]) mit Recht anführen, eine Umdeutung gemäß § 140 eingreifen, wonach ein nichtiges Rechtsgeschäft in ein anderes darin enthaltenes umgedeutet werden kann, falls ein dahingehender Parteiwille anzunehmen ist. Der familienrechtliche Ehevertrag wird so bei Vorliegen dieser Voraussetzung zu einem schuldrechtlichen Vertrag, der durch die rückwirkende Ehenichtigkeit nicht berührt wird.

In beiden Fällen kann die Tätigkeit, die der Ehemann kraft seines Verwaltungsrechts ausgeübt hat, nach der rückwirkenden Entziehung der Rechtsgrundlage wie eine Geschäftsführung ohne Auftrag oder bei beiderseitiger Bösgläubigkeit als Auftrag angesehen werden. Es verschärft sich dann aber die Haftung von der diligentia in suis (§ 1359) zur allgemeinen Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276). Im übrigen ergeben sich die Haftungsgrundsätze für die Ehegatten bei der vermögensrechtlichen Auseinandersetzung aus den oben S. 31 angestellten Erwägungen.

Bezüglich aller dieser vermögensrechtlichen Fragen gibt der schon mehrfach zitierte § 1345 dem gutgläubigen Ehegatten das Recht, die Rückwirkung zu seinen Gunsten zu beschränken, so daß ihn die mit der absolut rückwirkenden Nichtigkeit verbundenen Härten nicht mehr belasten als wenn er bei einer Scheidung der allein schuldige Teil ist. Es tritt dann für ihn sowohl eine Sicherstellung für die Zukunft (§ 1578) ein als auch eine Milderung der Rückwirkung insoweit, als er von dem Zeitpunkt der Nichtigkeitserklärung ex nunc wie ein allein schuldig geschiedener Ehegatte (§ 1345 Abs. 1) behandelt wird.

Bei allen güterrechtlichen Rechtsgeschäften zwischen den Ehegatten und Dritten tritt grundsätzlich Rückwirkung ein, jedoch werden gutgläubige Dritte gemäß § 1344 oder auf Grund der allgemeinen Vorschriften der §§ 892, 932 geschützt.

Die Rechtsgeschäfte der Frau, die mangels Zustimmung des

19) S. 170 Anmerkung 49.
20) S. 422.
21) S. 66 f.

Mannes ungültig waren, werden nach Vernichtung der Ehe rückwirkend gültig, so z. B. tritt, wenn die Wirksamkeit einer Verfügung der Frau gemäß § 1396 noch von der Genehmigung des Mannes abhängig war, jetzt rückwirkende Heilung ein. Ebenso kann jetzt eine Klage, die die Frau während des Bestehens der Ehe ohne Zustimmung des Mannes über ein zum eingebrachten Gut gehöriges Recht erhoben hatte, nicht mehr wegen fehlender Aktivlegitimation abgewiesen werden.[22])

9. Verhältnis zwischen Eltern und Kindern.

Da man die Kinder nicht verantwortlich machen kann dafür, daß die Ehe ihrer Eltern nichtig ist, treten hier eine Reihe von Rückwirkungsbeschränkungen auf, die in den §§ 1699 bis 1704, 1721 geregelt sind. Bei Gutgläubigkeit auch nur eines Ehegatten gelten die Kinder gemäß § 1699 Abs. 1 als ehelich, nicht allerdings im Falle der „Nichtehe" (§ 1699 Abs. 2). Sie werden gemäß § 1700 in der Regel behandelt wie Kinder geschiedener, beiderseitig für schuldig erklärter Ehegatten. Bei Bösgläubigkeit des Vaters bestimmt § 1701, daß der Mutter die volle elterliche Gewalt zusteht, der Vater hat also weder Vertretungsmacht (anders in §§ 1635 f.) noch Erbrecht (§ 1701 mit § 1925), denn zu den sich aus der Vaterschaft ergebenden Rechten gehört das Recht der Verwandtschaft (ähnlich wie gemäß § 1589 Abs. 2 mit § 1705 das uneheliche Kind nur mit der Mutter, nicht aber mit dem Vater verwandt ist), noch hat der Vater das in § 1636 bestimmte Recht, mit dem Kind persönlich zu verkehren.

Anders liegt der Fall bei der bösgläubigen Mutter. Sie hat gemäß den §§ 1702 und 1635 f. keinerlei elterliche Gewalt sondern gemäß § 1636 nur das Recht auf persönlichen Verkehr. Ferner bleibt sie — da sie, im Gegensatz zum Mann im Fall des § 1701 — nicht die sich aus der Mutterschaft ergebenden Rechte verliert, verwandt mit dem Kind (zu derselben Erkenntnis führt hier die analoge Anwendung des § 1705) und ist somit gemäß § 1925 erbberechtigt.

Das wegen Bösgläubigkeit beider Ehegatten uneheliche Kind kann gemäß § 1703 vom Vater Unterhalt wie ein eheliches verlangen.

---

22) So auch Hellwig System I § 29. Hellwig Grenzen der Rückwirkung. S. 24 Anmerkung 4.

Erfolgt eine Eheanfechtung wegen Drohung, so sind die Kinder immer ehelich, da der Anfechtungsberechtigte wegen der Drohung ja nicht im Stande war, die Eheschließung zu verhindern, somit einem Gutgläubigen gleichzustellen ist und nun der Fall des § 1699 vorliegt.

Ist ein Kind durch eine für nichtig erklärte Ehe legitimiert worden (§§ 1719 ff.), so hat es gemäß § 1721 dieselbe rechtliche Stellung wie Kinder aus nichtigen Ehen (§§ 1699 bis 1704).

e) Zwei rückwirkende Heilungsfälle.

Weitere Rückwirkungsvorschriften sind die beiden eherechtlichen Vorschriften der §§ 1324 und 1328.

§ 1324 Abs. 1 bestimmt die Nichtigkeit der unter Verletzung der Formvorschriften des § 1317 geschlossenen Ehe. Abs. 2 läßt Heilung dieser Ehe eintreten, wenn sie ins Heiratsregister (§ 1318 Abs. 3) eingetragen worden ist und die Ehegatten 10 Jahre lang, falls einer gestorben ist, 3 Jahre miteinander gelebt haben. Die Heilung tritt lt. ausdrücklicher Anordnung mit rückwirkender Kraft ein. Die Ehe gilt als von Anfang an gültig. Somit sind die infolge Bösgläubigkeit der Eltern unehelichen Kinder als ehelich anzusehen. Die Verfügungen des Ehemannes kraft seines Verwaltungs- und Nutznießungsrechts und der Frau kraft ihrer Schlüsselgewalt werden rückwirkend gültig. Andererseits werden Verfügungen der Frau über ihr eingebrachtes Gut, ohne Einwilligkeit des Mannes, rückwirkend ungültig, da der Vertragsgegner jetzt nicht das Recht hat, durch Geltendmachung der Ehenichtigkeit sich den Vertrag gültig zu erhalten. Bereits gemachte Leistungen sind daher ohne Rechtsgrund erfolgt.

Die innerhalb der 10- bezw. 3-jährigen Frist erhobene Nichtigkeitsklage verhindert die rückwirkende Heilung, die Ehe bleibt vernichtbar.

Gemäß § 1328 wird eine Ehe rückwirkend gültig, wenn nachträglich Befreiung von der Vorschrift des § 1312 gewährt wird.

f) Einwirkung der Ehevernichtung auf das Strafrecht.

Es kann bei dieser Gelegenheit darauf hingewiesen werden, inwiefern sich bürgerlich-rechtliche Rückwirkungsfragen im Strafrecht auswirken.

Drei Möglichkeiten gibt es hier:

Entweder man läßt die bürgerlich-rechtliche Rückwirkung bei der strafrechtlichen Beurteilung gänzlich unberücksichtigt. Diese Ansicht kann als die herrschende bezeichnet werden.[23])

Oder man läßt die bürgerlich-rechtliche Rückwirkung nur zugunsten des Täters wirken, wie Wolff[24]) vorschlägt. Schließlich könnte man die bürgerlich-rechtliche Rückwirkung unbeschränkt im Strafrecht zulassen.

Für die erste Ansicht spricht, daß für das Strafrecht grundsätzlich die Verhältnisse z. Zt. der Tat maßgebend sind, was auch für die zum Tatbestand gehörenden bürgerlich-rechtlichen Rechtsverhältnisse, wie Eigentum, Besitz, Vermögen, Ehe gelten muß. Es kann demnach rückwirkend weder Straflosigkeit noch Strafbarkeit eintreten. Insbesondere wäre, wie die oben angeführte Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 60 S. 250 ausdrücklich feststellt, die nachträgliche Vernichtung einer Ehe kein Grund zur Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 359 Nr. 5 StPO. zugunsten des Verurteilten. Das Reichsgericht bleibt auch hier seinem Grundsatz treu, vor allem die Art der Willensbetätigung zu berücksichtigen. Es ist dem beizutreten. Im Strafrecht ist das subjektive Moment des verbrecherischen Willens zu stark, als daß eine nachträgliche Veränderung der materiellen Rechtslage auch hierauf Einfluß haben kann. Auf einer starken Betonung der Willensbetätigung beruht auch die vom Reichsgericht mit Recht vertretene Strafbarkeit des Versuches am untauglichen Objekt. Der Vorschlag Wolffs (a. a. O.), zugunsten des Täters eine Rückwirkung zuzulassen, könnte nur in sehr wenigen Fällen, wie in den bei Wolff angeführten, ein wünschenswertes Ergebnis haben, während seine Ansicht andererseits zu unschönen Ergebnissen führt, weun man z. B. die Strafbarkeit aus § 173 Abs. 2 StGB ablehnen wollte, weil eine nichtige Ehe vorliegt und die rückwirkende Vernichtung zugunsten des Täters wirke. Es darf nicht möglich sein, durch Rückwirkung zur Straflosigkeit verwerflicher Taten zu gelangen.[25])

Bestritten ist der Fall, ob Bestrafung wegen Ehebruchs aus

---

23) Genzmer S. 426, RGSt. Band 60 S. 37, 38 und 250.
24) § 26 II 3 c S. 87.
25) Gegen Wolff ausdrücklich: Riezler Iherings Jahrbücher Bd. 66 S. 476 f. Genzmer a. a. O. S. 426.

§ 172 StGB. erfolgen kann, wenn die Ehe materiell nichtig ist. Angenommen, es wird eine Ehe wegen Ehebruchs geschieden, die Ehebrecher werden bestraft, sodann wird die Nichtigkeit aus einem der Gründe der §§ 1325 bis 1328 geltend gemacht. Wer den Einfluß der bürgerlich-rechtlichen Rückwirkung in das Strafrecht gänzlich leugnet, wie das Reichsgericht, darf jetzt keine Wiederaufnahme gemäß § 359 Ziff. 5 zulassen, da z. Zt. der Tat die Ehe formell gültig war.[26])

Nach anderer Ansicht [27]) kann eine materiell nichtige Ehe nicht verletzt werden, eine Bestrafung aus § 172 dürfte nicht erfolgen bezw. müßte im Wiederaufnahmeverfahren gemäß § 359 Ziff. 3 wieder beseitigt werden.

Wird die Nichtigkeit einer Ehe festgestellt, nachdem diese wegen Ehebruchs geschieden ist aber bevor wegen Ehebruchs bestraft wurde, dann dürfte — auch nach Auffassung des Reichsgerichts — eine Bestrafung ausgeschlossen sein, da z. Zt. des Strafurteils die objektive Strafbarkeitsbedingung der Ehescheidung nicht mehr gegeben ist.

Einigkeit herrscht nur im Fall der anfechtbaren Ehe. Hier können die Ehebrecher gemäß § 172 StGB. bestraft werden, da die Anfechtbarkeit keine materielle Ehenichtigkeit bedeutet.[28])

Die Rückwirkung im Strafrecht überhaupt zu berücksichtigen, ist ebenfalls abzulehnen. Abgesehen davon, daß keiner der im § 362 ZPO. aufgezählten 4 Wiederaufnahmegründe zu Ungunsten des Verurteilten vorläge, sind auch die sich allgemein ergebenden Folgerungen recht unbillig. Man wird nicht einen Ehegatten nach Vernichtung der Ehe nachträglich wegen Diebstahls bestrafen, wenn die Tat z. Zt. der Begehung gemäß § 247 Abs. 2 straflos war.[29]) Ferner ist es undenkbar, bei nichtiger Ehe den Ehemann aus § 179 (abgesehen davon, daß bei der nichtigen Ehe keine Vorspiegelung der Trauung sondern eine gültige standesamtliche Trauung stattgefunden hat) oder aus § 177 StGB. zu bestrafen.

Eine Einwirkung der zivilrechtlichen Rückwirkung auf das Strafrecht ist hiernach grundsätzlich abzulehnen.

---

26) RGSt. Band 8 S. 277, Band 60 S. 250.

27) Frank zu § 172 Abs. 1, Ohlshausen zu § 172 Abs. 2, Ebermayer zu § 172 Abs. 3 und die herrschende Meinung.

28) RGSt. Band 8 S. 277, und die unter Ziff. 27 angeführte Literatur.

29) RGSt. Band 56 S. 427.

30) Deutsche Juristenzeitung 1899 S. 18.

§ 11. Ungültigkeit einer zweiten Ehe nach Aufhebung des rechtskräftigen Scheidungsurteils.

Sehr umstritten bezüglich der Rückwirkungsgrenzen ist die Frage, wie die infolge Restitutionsklage im Wiederaufnahmeverfahren erfolgte Aufhebung einer Scheidung auf eine inzwischen geschlossene neue Ehe wirkt. Aufgeworfen wurde die Frage von Friedrichs im Jahre 1899 [30]) Daraufhin wurde bis in die neuste Zeit heftig gestritten.

Für die Beantwortung sind zwei Feststellungen notwendig:

1. Gilt im BGB. absolute Rückwirkung mit gesetzlich bestimmten Grenzen oder sind auf Grund allgemeiner Erwägungen außer der gesetzlich bestimmten Grenzen noch weitere anzuerkennen?
2. Hat das im Wiederaufnahmeverfahren ergehende Restitutionsurteil absolute Rückwirkungskraft?

Die erste Frage ist in § 7 im Sinne einer absoluten Rückwirkung mit fest bestimmten Grenzen beantwortet worden.

a) Absolute Rückwirkung des im Wiederaufnahmeverfahren ergehenden Aufhebungsurteils.

Zur Klärung der zweiten Frage sind mangels ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmungen rechtliche Natur und Wirkungsweise des in ZPO. § 580 geregelten Restitutionsverfahrens näher zu prüfen:

1. Die rechtliche Natur des Wiederaufnahmeurteils.

Das Recht, mit der Restitutionsklage aus § 580 ZPO., d. h. bei Unrichtigkeit, insbesondere bei Fälschung der Urteilsgrundlage, die Aufhebung eines rechtskräftigen Urteils zu verlangen, ist ein Gestaltungsrecht. Das auf die Klage ergehende sogenannte iudicium rescindens ist konstitutiv, da es unter Beseitigung der Rechtskraft ohne weiteres das angefochtene Urteil mit rückwirkender Kraft aufhebt und den Prozeß in den Stand zurückversetzt, in dem er sich befand, als das angefochtene Urteil noch nicht erlassen war.[31])

Für die Ermittlung des Zeitpunktes, in dem das Gestaltungsrecht verwirklicht ist, kommt es auf eine Betrachtung des Verfahrens und insbesondere des iudicium rescindens an.

---

31) Stein-Jonas zu § 590 IV, Rosenberg S. 508 Schmidt a. a. O. S. 571 ff.

Die Klage wird gemäß § 585 nach den allgemeinen Vorschriften erhoben, doch wird § 253 Abs. 2 Nr. 2 durch § 587 ausgeschlossen, da die Angabe des Gegenstandes und des Anspruchsgrundes nicht erforderlich ist, sondern die Bezeichnung des angefochtenen Urteils genügt und die Erklärung ob Nichtigkeits- oder Restitutionsklage erhoben werde. Es folgt dann gemäß § 589 ZPO. eine amtliche Prüfung, ob die Klage „an sich" statthaft und ob sie form- und fristgerecht eingelegt ist. Falls sich hierbei ein Mangel zeigt, hat das Gericht gemäß § 589 ZPO. die Klage als unzulässig zu verwerfen. Andernfalls hat das Gericht im zweiten Abschnitt des Verfahrens die Begründetheit der Klage gemäß § 579 Abs. 2 und § 582 ZPO. zu prüfen und im Falle der Verneinung der Klage als unbegründet zurückzuweisen. Das Gericht kann gemäß § 590 Abs. 2 in einem besonderen Verfahren über Grund und Zulässigkeit verhandeln und die Klage entweder als unbegründet durch Endurteil abweisen oder durch Zwischenurteil gemäß § 303 das angefochtene Urteil aufheben. Die Zwischenurteile sind nach §§ 318, 512, 548 ZPO. als vorweg genommene Stücke des Endurteils nur mit diesem zusammen anfechtbar (falls nicht eins der selbständig anfechtbaren Zwischenurteile der §§ 302, 599 vorliegt). Den letzten Teil des Verfahrens stellt gemäß § 590 Abs. 1 die Neuverhandlung der Hauptsache dar. Das hierauf ergehende rechtskräftige Urteil ist, soweit es in der Bejahung des Wiederaufnahmegrundes besteht, ebenso wie das erst mit der Rechtskraft dieses Endurteils rechtskräftig werdende Zwischenurteil des § 590 Abs. 2 ein rechtsgestaltender Staatsakt mit rückwirkender Kraft, die formell in der Beseitigung der Rechtskraft des angefochtenen Urteils besteht und materiell die Rechtslage zur Zeit des Vorprozesses wieder herstellt.

Die konstitutive Rechtsänderung tritt also in dem Zeitpunkt ein, in welchem das auf die Wiederaufnahmeklage ergehende Endurteil rechtskräftig wird.

2. Bezeichnung des Wiederaufnahmeverfahrens als „außerordentliches Rechtsmittel".

Im Gesetz (EG. ZPO. § 20 Abs. 1) werden die beiden Rechtsbehelfe gegen rechtskräftige Urteile als außerordentliche Rechtsmittel bezeichnet. Ebenso fast in der ganzen zivilprozessualen Literatur.[32])

32) Insbesondere: Rosenberg Lehrbuch S. 260—262 § 59 III 1 Hellwig,

Wenn auch das Wiederaufnahmeverfahren durch Klage eingeleitet wird, so bedeutet dies nicht, daß ein neuer Prozeß beginnt, sondern aus § 584 ZPO. geht hervor, daß es gewissermaßen eine Einsetzung in den vorigen Stand ist, da durch Aufhebung des Endurteils die Parteien in die Rechtslage versetzt werden, wie wenn das angefochtene Urteil garnicht ergangen wäre. Ferner zeigen die §§ 587, 588, daß die für die Einleitung eines neuen Verfahrens nach §§ 253 Abs. 2 Nr. 2, 495 mit 499 a erforderliche genaue Bezeichnung des Klagebegehrens nicht für die Nichtigkeits- und Restitutionsklage gilt, sondern daß hier schon die Bezeichnung als Nichtigkeits- oder Restitutionsklage genügt und somit den ähnlichen Vorschriften bei den ordentlichen Rechtsmitteln der §§ 518 Abs. 2 und 533 entspricht.

Ebenso wie bei den ordentlichen Rechtsmitteln des § 554 a und § 574 hat das Gericht bei den außerordentlichen Rechtsmitteln gemäß § 589 zu prüfen, ob die Klage als solche statthaft ist und form- und fristgerecht eingelegt ist.

Schließlich besagt § 584 ZPO., daß grundsätzlich die entsprechende Instanz des ersten Prozesses für die Erhebung der Wiederaufnahmeklage ausschließlich zuständig ist, mithin die Parteien den Prozeß in der Lage vor dem angefochtenen Prozeß fortzusetzen haben.

Die Bezeichnung als außerordentliches Rechtsmittel ist mithin gerechtfertigt.[33]) Ebenso wie das Urteil jeder ordentlichen Rechtsmittelinstanz die Sache betrifft, wie sie in der ersten Instanz vorgebracht wurde, kann es sich bei den „außerordentlichen" Rechtsmitteln nur darum handeln, die Sache, wie sie ursprünglich vorlag, zu entscheiden.

3. Das Wesen des Wiederaufnahmeurteils erfordert absolute Rückwirkung.

Eine ausdrückliche Bestimmung über die Rückwirkung bei Wiederaufnahmeurteilen ist im Gesetz nicht vorhanden.[34])

Das Wesen der Wiederaufnahmeklagen ist es, die Rechtskraft des den Kläger zu Unrecht belastenden Urteils aufzuheben und ihn

---

Anspruch und Klagrecht § 241 I 2, Stein-Jonas vor § 576 II, (Motive zur ZPO. zu §§ 517—530, 543) bei Hahn a. a. O. S. 378, 382; RGZ. Band 91 S. 197 und besonders Band 57 S. 237.

33) Hierzu eingehend: Schoetensack S. 18 ff.

34) Hellwig Lehrbuch § 34 Anmerkung 19; Zitelmann Allgemeiner Teil S. 36 sagen, daß eine ausdrückliche Rückwirkungsbestimmung zu selbstverständlich sei, als daß sie im Gesetz festgelegt werden müsse.

in die rechtliche Lage vor Erlaß des angefochtenen Urteils zu versetzen. Es kann dies aber nur wirksam erfolgen, wenn inzwischen die auf Grund des beseitigten Urteils entstandenen Rechtsverhältnisse rückwirkend vernichtet werden. Infolge der rechtsmittelähnlichen Natur der Wiederaufnahmeklage wird der unmittelbare Zusammenhang mit dem Vorprozeß hergestellt und die Neuentscheidung unter Berücksichtigung der Rechtslage z. Zt. des Vorprozesses getroffen. Auf den Schutz des guten Glaubens kann es infolge Fehlens einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift nicht ankommen. Wenn Hellwig[35]) unter grundsätzlicher Anerkennung der Rückwirkung des Wiederaufnahmeurteils dieser Grenzen setzen will, so macht er, indem er die das Wesen des Wiederaufnahmeurteils darstellende Rückwirkung für alle inzwischen durch Dritte gesetzmäßig erworbenen Rechte ausschließt, die Anwendung des in §§ 579 ff. ausdrücklich angeordneten Wiederaufnahmeverfahrens für viele Fälle wirkungslos.

In diesem Sinne sagt Oetker[36]), mit Recht, daß man, da es nun einmal eine Restitutionsklage gebe, diese nicht ihrer wichtigsten Wirkung berauben darf, und ähnlich Helbig.[37])

Da es sich um die „Anfechtung" eines Urteils handelt, kann weiterhin zur Begründung der Rückwirkung die Vorschrift des § 142 Abs. 1 BGB. in entsprechender Weise herangezogen werden, nach der auf Anfechtung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts Nichtigkeit ex tunc eintritt. Die Erfordernisse der Anfechtbarkeit sind für das Wiederaufnahmeverfahren in den §§ 579 und 580 ZPO. festgelegt. Die Geltendmachung der Anfechtbarkeit erfolgt durch Wiederaufnahmeklage gemäß § 578 Abs. 1, so daß nun in analoger Anwendung des § 142 Abs. 1 BGB. die ex tunc Aufhebung des fehlerhaften Staatsaktes erfolgt.

In der Literatur wird die Rückwirkung der Nichtigkeits- und Restitutionsurteile trotz Fehlens einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift nicht bezweifelt.[38])

Nur Endemann[39]) leugnet die rückwirkende Kraft des Resti-

35) Grenzen der Rückwirkung S. 49 und Deutsche Juristenzeitg, 1904 S. 836 u. 1075.

36) Deutsche Juristenzeitung 1904 S. 1031.

37) a. a. O. S. 58 f.

38) Hierzu: Stein-Jonas zu § 578 II, Hellwig System § 175 I S. 559; Rosenberg S. 508, Schoetensack S. 33; Helbig a. a. O S. 58 ff.

39) S. 182 Anmerkung 25,

tutionsurteils, da es eine zu wenig geklärte Lehre sei. Hiermit aber würde er dem Restitutionsurteil, wie eben erläutert, jegliche Wirksamkeit nehmen. Die sehr beachtlichen Ausführungen von Hellwig [40]) hätten Endemann in seinem 1908 neu herausgegebenen Lehrbuch von der Unrichtigkeit seiner Ansicht überzeugen müssen.

Die im Wiederaufnahmeverfahren ergehenden Endurteile haben mithin unbeschränkt rückwirkende Kraft.

Die Ehegatten A. und B. werden rechtskräftig geschieden auf Klage der B. hin.

Im Wiederaufnahmeverfahren wird das Ehescheidungsurteil aufgehoben und die Klage der B. auf Ehescheidung nach Neuverhandlung der Ehescheidungssache als unbegründet abgewiesen. Die B. muß infolge der absolut rückwirkenden Kraft des Restitutionsurteils so behandelt werden, als ob sie die ganze Zeit mit dem A. in gültiger Ehe gelebt hätte. Wenn sie inzwischen unverheiratet geblieben wäre, stünde der absoluten Rückwirkung nichts im Wege und A. könnte ohne weiteres Herstellung der ehelichen Gemeinschaft aus § 1353 Abs. 1 verlangen.

4. Zur Beschränkung der Rückwirkung fehlt es:

Streitig ist die Rechtslage aber, wenn die B. nach rechtskräftiger Scheidung wieder geheiratet hat.

Nach dem Grundsatz der absoluten Rückwirkung mit gesetzlich bestimmten Grenzen tritt für den Fall, daß durch Restitutionsurteil die Ehescheidung aufgehoben wird, Rückwirkung insofern ein, als infolge der konstitutiv rückwirkenden Kraft des auf die Restitutionsklage ergehenden rechtskräftigen judicium rescindens vermutet wird, daß das die Scheiduugsklage der B. abweisende judicium rescissorium anstatt und z. Zt. des angefochtenen Urteils ergangen wäre. Es werden mithin A. und B. so behandelt, als sei ihre Ehe nie aufgelöst worden, sondern nach wie vor gültig geblieben.

Die inzwischen vor Erhebung der Restitutionsklage geschlossene Ehe der B. mit C. unterfällt daher der Rückwirkung, falls nicht für diesen Fall Grenzen der Rückwirkung gesetzlich bestimmt sind.

40) Grenzen der Rückwirkung von 1907.

α) an einer ausdrücklichen Vorschrift.

§ 1309 Abs. 2 besagt, daß für den Fall, daß gegen ein Eheauflösungs- oder Nichtigkeitsurteil ein Wiederaufnahmeverfahren eingeleitet ist, keiner der beiden Ehegatten vor Erledigung dieses Rechtsstreites wieder heiraten dürfe, es sei denn, daß die für die Geltendmachung der Wiederaufnahmeklagen gemäß § 586 Abs. 2 ZPO. vorgeschriebene Fünfjahresfrist abgelaufen ist. § 1309 Abs. 2 BGB. soll also durch Anordnung dieses aufschiebenden Ehehindernisses den Bestand der alten Ehe schützen, indem es die Wiederheirat vor Entscheidung über Gültigkeit oder Nichtigkeit des die alte Ehe auflösenden Urteils verbietet.

Die meisten Gegner der hier vertretenen Ansicht stützen sich unter anderem auch auf den § 1309 Abs. 2.[41]) Neustadt ist der Ansicht, daß der Fall des § 1309 Abs. 1 und 2 garnicht vorliegen könne, da infolge § 1564 Satz 3 BGB. die frühere Ehe rechtskräftig und unwiderruflich geschieden sei und deshalb jeder der beiden Ehegatten gültig wieder heiraten könnte. Neustadt verkennt die rückwirkende Kraft des Aufhebungsurteils, auf Grund dessen alle auf dem angefochtenen und beseitigten Ehescheidungsurteil beruhenden Rechtswirkungen aufgehoben werden.

Ebenso ist Endemanns Ansicht abzulehnen, der das aufschiebende Ehehindernis des § 1309 Abs. 2 für überflüssig und zu schwach hält, um die Gegenansicht zu stützen, eine Ansicht, die insofern erklärlich ist, als Endemann, wie S. 41 f. besprochen, die rückwirkende Kraft des Restitutionsurteils überhaupt ablehnt.

Hellwig und Wurzer (a. a. O.) behaupten, die Analogie zwischen § 1309 Abs. 2 und dem fast gleichlautenden § 1349 führe zu dem Ergebnis, daß eine Nichtbeachtung der in diesen §§ angeordneten Ehehindernisse der Gültigkeit der neuen Ehe nicht im Wege stehe. Das ist für den Fall des § 1349 richtig, da eine Verletzung des § 1349 durch § 1348 Abs. 2 geheilt wird, weil mit Schließung der neuen Ehe die alte als aufgelöst gilt. Für den Fall des § 1309 Abs. 2 gilt dies aber nur so lange, als die Wiederaufnahmeklage keinen Erfolg hat. Andernfalls aber tritt infolge Fehlens einer dem

41) So: Hellwig Grenzen der Rückwirkung S. 51, Deutsche Juristenzeitung 1904 S. 838, Endemann § 161 Anmerkung 25; Wurzer a. a. O. S. 203; Neustadt a. a. O. S. 166.

§ 1349 Abs. 2 entsprechenden Vorschrift und des dann geltenden allgemeinen Grundsatzes von der absoluten Rückwirkung des Restitutionsurteils Nichtigkeit der gegen das Verbot des § 1309 Abs. 2 geschlossenen Ehe ein, gleichgültig, ob die neue Ehe vor oder nach Erhebung der Wiederaufnahmeklage geschlossen wurde. § 1309 ist demnach nicht geeignet, die materielle Gültigkeit der zweiten Ehe zu begründen.[42]) Im übrigen findet sich weder im BGB. noch in der ZPO. eine Vorschrift, die ausdrücklich die Rückwirkung bei Wiederaufnahmeurteilen einschränkt.

β) an der Möglichkeit eines Analogieschlusses von den entsprechenden Vorschriften der Todeserklärung oder von der Vorschrift des ZPO. § 717 Abs. 2.

Da eine ausdrückliche Vorschrift fehlt, ist festzustellen, ob ein klarer Analogieschluß gegeben ist. Ein Analogieschluß wird vielfach ven den entsprechenden Bestimmungen bei der Todeserklärung (§§ 1348 ff.) versucht.[43])

§ 1348 Abs. 2 besagt, daß nach der Todeserklärung eines Ehegatten durch die Wiederheirat des anderen die alte Ehe als aufgelöst zu gelten hat, auch wenn die Todeserklärung auf Anfechtungsklage aufgehoben wird.

Es ist aber im Gegensatz zu der ähnlichen Rechtslage bei den Wiederaufnahmeklagen unbedingt notwendig, bei der Anfechtungsklage gegen eine Todeserklärung in § 1348 Abs. 2 die Rückwirkung zu beschränken, da andernfalls die Aufrechterhaltung der ersten Ehe zu den unmöglichsten Ergebnissen führen würde.

Ohne § 1348 Abs. 2 würde bei Anfechtung der Todeserklärung die frühere Ehe ohne weiteres wieder aufleben, da die Anfechtung entsprechend § 142 Abs. 1 rückwirkende Kraft hat. Die neue Ehe wäre dann gemäß § 1309 Abs. 1 mit § 1326 nichtig, da der zurückgebliebene Ehegatte z. Zt. der Eheschließung mit dem anfechtbar für tot erklärten in gültiger Ehe gelebt hatte. Es würde diese Ungewißheit bis zum Tode des für tot Erklärten andauern, da eine Verjährung in diesem Fall gemäß § 194 Abs. 2 und § 204 Satz 1 ausgeschlossen ist.

42) Zu § 1309 Abs. 2 auch Pagenstecher „Recht“ 1908 S. 32.

43) Es sind dies vor allem: Hellwig Grenzen der Rückwirkung S. 51; Wurzer Iherings Jahrbücher Bd. 33 S. 204 f.

Für die Wiederaufnahmeklagen besteht dagegen die fünfjährige Ausschlußfrist des § 586 Abs. 2 ZPO., so daß nach Ablauf dieser Frist jegliche Ungewißheit aufhört.[44])

Wenn ferner der für tot erklärte Ehegatte nachweisbar nach der Todeserklärung und zugleich nach der erneuten Eheschließung des anderen Ehegatten gestorben ist, träte bei Fortbestehen der ersten Ehe infolge des die widerlegbare Todesvermutung beseitigenden Todes die unheilbare Ehenichtigkeit der neuen Ehe gemäß § 1326 ein, die gemäß § 632 ZPO. vom Staatsanwalt und jedem rechtlich interessierten Dritten geltend gemacht werden könnte.[45])

Auch dieses Ergebnis zeigt, daß bei der Todeserklärung im besonderen Maße die Auflösung der ersten Ehe durch Schließung einer zweiten notwendig war.

Als stärkstes Argument kommen hier subjektive Gesichtspunkte in Frage, die bei der Wiederaufnahmeklage völlig entfallen.

Wenn jemand seine Familie verläßt und dann 10 bezw. 5 Jahre (§ 14 BGB.) nichts von sich hören läßt und sein Aufenthalt unbekannt bleibt, so muß darin bei der Leichtigkeit des heutigen Verkehrs im allgemeinen ein erhebliches Verschulden erblickt werden. Die Motive [46]) bringen in diesem Sinne den häufigen Fall, daß gegen den Verschollenen die Voraussetzungen der Scheidung wegen böswilligen Verlassens begründet, aber nicht erweislich seien. Sogar Wurzer [47]) gibt zu, daß in dem vermuteten Verschulden des für tot Erklärten, das den Gesetzgeber zur Auflösung der ersten Ehe bewogen hat [48]) ein bedeutsamer Unterschied liege zu der durch die Aufhebung des Scheidungsurteils geschaffenen Rechtslage. Wenn auf Restitutionsklage hin ein Urteil aufgehoben wird, dann wird hierdurch das dem Restitutionskläger widerfahrene Unrecht beseitigt und ein der wirklichen Rechtslage entsprechendes Urteil gefällt.

Ein weiterer Unterschied ergibt sich daraus, daß gemäß § 1348 Abs. 1 und § 1350 Abs. 1 der gute Glaube beider bezw. des anfechtenden Ehegatten geschützt werden soll im Vertrauen auf die

---

44) Hierzu RGZ. Bd. 64 S. 227 f.
45) In diesem Sinne: Mot. zu § 1464 S. 640 ff.
46) Band IV S. 640 zu § 1464.
47) a. a. O. S. 203.
48) Motive Bd. IV S. 640.

Todeserklärung[49]), während es bei denen durch § 1348 Abs. 2 ausgeschlossenen §§ 1309 und 1326 auf subjektive Gesichtspunkte garnicht ankommt, sondern im Gegensatz zu den Bestimmungen des StGB. §§ 171, 338 das Vorliegen des objektiven Tatbestandes der Doppelehe zur Vernichtung der zweiten Ehe genügt. Die Milderung des § 1345 Abs. 1 bezieht sich nur auf die Behandlung der Ehegatten nach Vernichtung der Ehe.

Ueber die Ablehnung der von Hellwig und Wurzer a. a. O. versuchten Analogie zwischen §§ 1349 und 1309 Abs. 2 siehe Seite 44 f.

Hellwigs Behauptung[50]), daß § 1309 Abs. 2 BGB. infolge des Vergleichs mit den entsprechenden Bestimmungen bei der Todeserklärung keinerlei Beweis für die Gültigkeit der ersten Ehe biete, ist gerade die Umkehrung der richtigen Ansicht. In Wirklichkeit stellt § 1348 Abs. 2 eine Ausnahme von dem Grundsatz der absoluten Rückwirkung dar, während der dem § 1309 Abs. 2 nachgebildete § 1349 wiederum nur eine Ausnahme von der Ausnahme, mithin eine Bestätigung des Prinzips darstellt, da hier die rückwirkende Kraft der Anfechtungserklärung eine entgegen dem § 1349 geschlossene zweite Ehe zerstören würde.

Wenn Hellwig[51]) weiterhin behauptet, die Auflösung der ersten Ehe (§ 1348 Abs. 2) sei nur eine Folge der Gültigkeit der zweiten Ehe, also eine Bestätigung seines Prinzips, so muß dem entgegengehalten werden, daß, wie er selbst mehrfach[52]) zugibt, der § 1348 nur ein singulärer Rechtssatz ist. Es kann nicht richtig sein, eine Vorschrift, die für einen ganz besonders gelagerten Einzelfall gegeben ist, als Beweis für die Richtigkeit eines im Gesetz nicht festgelegten allgemeinen Grundsatzes heranzuziehen. Es zeigt sich vielmehr auch hier, daß die Beschränkung dieses Rechtssatzes auf die gesetzlich ausdrücklich bestimmten Fälle die dem Gesetz entsprechende Lösung ist.

Aus dem Gesagten geht hervor, daß ein entsprechender Schluß bezüglich der Ungültigkeit der ersten oder zweiten Ehe von der den §§ 1348 ff. zugrunde liegenden Rechtslage auf die vorliegende in-

---

49) Hierzu auch: Motive Bd. IV S. 641 RGZ. Bd. 60 S. 199.
50) Grenzen der Rückwirkung S. 51.
51) a. a. O. S. 47 Anmerkung 1.
52) Grenzen der Rückwirkung S. 47 und Deutsche Juristenzeitung 1904 S. 838.

folge wesentlicher Unterschiede unmöglich ist, im Gegenteil zeigt das Fehlen der ausdrücklichen Bestimmung des § 1348 Abs. 2 bei dem äußerlich ähnlichen Fall der Wiederverheiratung vor Aufhebung des Scheidungsurteils, daß der Gesetzgeber hier bewußt die allgemeine Regel von der Rückwirkung eingreifen lassen will.

Wurzer [53]) hat noch einen weiteren Analogieschluß versucht. § 717 Abs. 2 Satz 2 ZPO. besagt, daß eine Schadenersatzpflicht für den Kläger eintrete, wenn er auf Grund eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils hat vollstrecken lassen, das Urteil aber aufgehoben wird. Mit dieser Bestimmung, die eine Rückwirkungsgrenze festsetzt, will Wurzer vorliegenden Fall entscheiden. In dem rechtskräftigen Ehescheidungsurteil sieht er ein die Vollstreckung in sich schließendes Urteil ähnlich dem des § 894 Abs. 1 ZPO. Da durch das Restitutionsurteil die Rechtskraft aufgehoben sei, seien nunmehr alle Vollstreckungsmaßnahmen, die auf Grund des Ehescheidungsurteils erfolgt seien, zwar ungültig, der Ausgleich geschehe aber analog § 717 Abs. 2 nur durch obligatorische Schadenersatzansprüche. Die Gültigkeit der neuen Ehe, die auf Grund der Ehescheidung geschlossen sei, könne mithin nicht mehr beseitigt werden.

Abgesehen davon, daß der Schadenersatzanspruch des § 717 Abs. 2 Satz 1 auf vorliegenden Fall garnicht paßt, ist der Analogieschluß als zu weit hergeholt abzulehnen.

Wohl tragen die konstitutiven rechtskräftigen Urteile, wie hier das Ehescheidungsurteil, ihre sofortige Wirksamkeit in sich, doch läßt sich diese sofortige Wirksamkeit nicht mit der Zwangsvollstreckung vergleichen, die gemäß § 724 ZPO. (vollstreckbare Ausfertigung) und § 753 ZPO. (Zustellung im Auftrage des Gläubigers) nur auf Betreiben des Vollstreckungsgläubigers erfolgen kann. Die Stärke der konstitutiven Urteile liegt gerade darin, daß die durch das Urteil angestrebte Rechtsänderung ohne weiteres insbesondere ohne Zwangsvollstreckung eintritt, allerdings erst nach Eintritt der Rechtskraft, eine vorläufige Vollstreckbarkeit aus konstitutiven Urteilen ist undenkbar.

Das Vorliegen analoger Verhältnisse ist demnach abzulehnen.

Der § 717 bezieht sich, wie aus seinem Wortlaut und der Stellung im Gesetz ersichtlich ist, nur auf die Fälle der vorläufigen

53) Iherings Jahrbücher Bd. 33 S. 190.

Vollstreckbarkeitserklärung der §§ 708, 1—6, 709, 710, 534, 560 ZPO.[54])

Diese §§ kommen für rechtsgestaltende Urteile, zu denen das Scheidungsurteil gehört, nicht in Betracht.

Es ist weiterhin eine sehr gewagte Behauptung[55]), daß die zweite Ehe unmittelbar mit der Zwangsvollstreckung des Ehescheidungsurteils zusammenhänge. Nach dem Gesetzestexte müßte die zweite Ehe selbst sogar die Zwangsvollstreckung der Ehescheidung sein. Es würde mithin die Wiederverheiratung zum Vollzug der Ehescheidung gehören!

Aus dem Gesagten ergibt sich die Unhaltbarkeit der Ansicht Wurzers. Eine in ihrer Art so wichtige und weittragende Frage wie die vorliegende kann nicht durch eine so überaus fernliegende Analogie mit der zivilprozessualen Einzelvorschrift des § 717 Abs. 2 gelöst werden.

Zur Beschränkung der Rückwirkungskraft des Restitutionsurteils fehlt es mithin sowohl an einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift als auch der Möglichkeit eines Analogieschlusses. Wenn also ein Ehescheidungsurteil im Wiederaufnahmeverfahren aufgehoben und die Ehescheidungsklage nachträglich abgewiesen wird, so ist die erste Ehe voll gültig geblieben, die danach geschlossene zweite Ehe unterfällt der Rückwirkung.[56])

b) Geltendmachung der Ungültigkeit der zweiten Ehe.

Um diesen theoretischen Erörterungen einen praktischen Wert zu geben, ist es angebracht, festzustellen, wie sich Gültigkeit der ersten und Nichtigkeit der zweiten Ehe in der Wirklichkeit auswirken.

---

54) In der maßgebenden Zivilprozeßliteratur hierzu (Stein-Jonas und Rosenberg) ist Wurzers schon 1920 geäußerter Anregung an keiner Stelle Raum gegeben.

55) a. a. O. S. 96 f.

56) Diesem Ergebnis stimmen bei: Staudinger zu § 1326 2 b; Planck zu § 1326, Nr. 6 und in Deutsche Juristenzeitung, 1899 S. 38 Warneyer zu § 1326, Wolff § 11 Anmerkg. 7 S. 46, Dernburg S. 50 Anm. 4; Goldmann-Lilienthal § 4 Nr. 2 S. 32, Schmidt-Habicht zu § 1326 4 b; Opet u. v. Blume zu § 1326, 3; Stein-Jonas zu § 629 IV; Davidsohn Das Recht der Ehescheidung S. 17; Erler S. 27 besonders Anmerkung 7; Waldecker „Recht" 1908 S. 92 ff.; Oetker Deutsche Juristenzeitg. 1904 S. 1030; Helbig a. a. O. S. 44. f.; Stölzel Deutsche Juristenzeitg. 1925 S. 808 f.; Riezler Iherings Jahrbücher Bd. 66 S. 400 ff., insbes. S. 414; Howe a. a. S. 63, 72.

Es gäbe zwei Wege zur Geltendmachung der Nichtigkeit der zweiten Ehe:

Entweder man setzt sie der Nichtehe gleich, die bei Fehlen des Formerfordernisses des § 1317 und zugleich § 1318 Abs. 3 vorliegt und nimmt ohne weiteres ihr Nichtvorhandensein an, oder man läßt die Vernichtung durch Nichtigkeitserklärung im Sinne des § 1329 BGB. erfolgen.

1. nicht ohne weiteres wie bei der Nichtehe

Es würden sich bei Annahme einer Nichtehe die oben S. 27 f. ausgeführten Folgen ergeben, insbesondere Unehelichkeit der Kinder, keine Treupflicht, kein Unterhalts- oder Pflichtteilsrecht. Hinzu kämen infolge Weiterbestehens der ersten Ehe besonders merkwürdige Folgerungen:

Da die Kinder aus der zweiten Ehe gemäß § 1591 Abs. 2 als eheliche Kinder des ersten Mannes vermutet werden, müßte dieser die Ehelichkeit der Kinder gemäß § 1596 anfechten. Große Schwierigkeiten entständen ferner dadurch, daß im Falle der Nichtehe grundsätzlich alle Verfügungen der Frau während der zweiten Ehe gemäß § 1404 mit §§ 1395—1403 unwirksam sind, da sie ohne Zustimmung ihres Mannes erfolgt sind.[57])

Noch krasser wird das Ergebnis, wenn man sich vergegenwärtigt, daß der wiederheiratende Ehegatte bei völligem Nichtbestehen der zweiten Ehe mit dem zweiten Ehegatten — objektiv gesehen — einen die Scheidung der früheren Ehe begründenden Ehebruch begeht. Ein Tatbestand, wie er ähnlich dem Reichsgericht[58]) vorgelegen hat.

Alle diese Folgen müßte man in Kauf nehmen, wenn man die zweite Ehe als nicht vorhanden betrachten wollte. Da es aber zur Vernichtung der zweiten Ehe eine rechtlich begründete Lösung gibt, die beiden Parteien gerecht wird, würde man sich mit Recht dem Vorwurf einer formalistischen wirklichkeitsfremden Gesetzesanwendung aussetzen, wenn man um der schroffen Durchführung der absoluten Rückwirkung willen in der zweiten Ehe eine nicht existierende (matrimonium nun existens) erblicken wollte.

57) Hierzu mit Recht: Hellwig Deutsche Juristenzeitg. 1904 S. 139
58) RGZ. Band 120 S. 35 ff.

2. sondern durch Nichtigkeitsklage.

In dem oben angenommenen Fall schließt Frau B. ohne Verstoß gegen § 1309 Abs. 2 mit C. eine gültige Ehe. Durch Aufhebung des Ehescheidungsurteils lebt die alte Ehe wieder auf und nun soll der erste Ehemann, ohne die zweite Ehe auch nur im geringsten zu berücksichtigen, das Recht haben, die sofortige Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft zu verlangen, während in den viel schwereren Fällen der §§ 1324 bis 1328 erst die Nichtigkeitsklage erhoben werden müßte? Es ist nicht nur mit den jedem Gesetz zugrunde liegenden Erfordernissen der Billigkeit unvereinbar, sondern verstößt auch gegen den besonders zu berücksichtigenden Grundsatz von dem sittlichen Wesen der Ehe, wenn man der Frau zumutet, ohne weiteres zu ihrem ersten Mann zurückzukehren. Die Ehe, die durch Reichsverfassung Art. 119 als Grundlage des Staates sogar unter den besonderen Schutz des Staates gestellt ist, kann nicht unter rein rechtlichen Gesichtspunkten betrachtet werden, sondern muß wegen ihres sittlichen Gehaltes eine besondere Beurteilung erfahren.

Es entspricht daher dem Wesen der Ehe ganz allgemein, daß sie, wenn irgend möglich, aufrechterhalten bleibt und in ihren sittlichen Grundzügen geschützt wird. Eine Aufrechterhaltung ist wegen der Gültigkeit der ersten Ehe nicht möglich. Die deshalb notwendig werdende Auflösung der zweiten Ehe muß so erfolgen, daß das Wesen der zweiten Ehe, die gültig abgeschlossen wurde, weitmöglichst berücksichtigt wird.

Da bei einer infolge Nichtigkeitsklage für nichtig erklärten Ehe die Rückwirkung in den wichtigsten Punkten stark begrenzt ist (siehe Seite 26 f.) ist zu prüfen, ob dieser Weg gangbar ist.

Um eine Ehenichtigkeit mit der Nichtigkeitsklage geltend machen zu können, muß einer der gesetzlichen Nichtigkeitsgründe der §§ 1324 bis 1328 vorliegen.

§ 1326 bestimmt, daß eine Ehe nichtig ist, wenn einer der Ehegatten z. Zt. der Eheschließung mit einem Dritten in gültiger Ehe lebt.

Daß die erste Ehe gültig ist, wurde bereits bewiesen. Auch das weitere Erfordernis des § 1326, daß einer der Ehegatten z. Zt. der Eheschließung mit einem Dritten in einer gültigen Ehe gelebt haben muß, ist vorhanden.

Das auf die Restitutionsklage ergehende judicium rescissorium

welches die Rechtskraft des konstitutiven judicium rescindens in sich schließt, läßt infolge der rückwirkenden Kraft des konstitutiven Teils dieses Urteils die Rechtslage inzwischen so vermuten, als ob das auf die Restitutionsklage ergangene Urteil an Stelle des angefochtenen Urteils ergangen wäre. Die Rechtslage muß mithin so angesehen werden, als wäre die Frau B. nicht berechtigt gewesen, C. zu heiraten.

In der Zwischenzeit hat nicht nur der Schein einer Auflösung der rechtsgültigen Ehe bestanden, wie Planck [59]) behauptet, denn dies widerspricht, wie Hellwig [60]) mit Recht sagt, ausdrücklich dem § 1564 BGB., sondern es wird rückwirkend die Aufhebung der bis dahin voll gültigen Ehescheidung vorgenommen und somit jeder infolge des Scheidungsurteils erfolgten Rechtswirkung der Rechtsgrund entzogen.

Abzulehnen ist daher auch die Ansicht, die Nichtigkeitsklage aus § 1326 sei hier nicht möglich, da die Ehegatten z. Zt. der Eingehung der neuen Ehe rechtskräftig geschieden waren [61]), da man bei Anerkennung der rückwirkenden Kraft des Restitutionsurteils, die Endemann gemäß S. 41 f. allerdings gänzlich leugnet, auch die daraus sich ergebenden Folgerungen ziehen und inzwischen entstandene Rechtsverhältnisse von dem Gesichtspunkt des konstitutiv rückwirkenden Restitutionsurteils betrachten muß, soweit nicht gesetzlich eine Schonung der Zwischenrechte angeordnet ist.

Die Literatur vertritt überwiegend den besprochenen Standpunkt von der Nichtigkeit der zweiten Ehe wegen Doppelehe aus § 1326, zu vgl. das S. 48 Anm. 56 angeführte Schrifttum. Daß nicht nur eine „Nichtehe" vorliegt, ist der Standpunkt des § 171 StGB., der für die Bestrafung wegen Bigamie die äußere Gültigkeit der zweiten Ehe voraussetzt.

Das Ergebnis der Untersuchung ist dahin zusammenzufassen:

Wenn durch Wiederaufnahmeurteil eine Ehescheidung wieder aufgehoben wird, so hat dies Urteil rückwirkende Kraft. Eine inzwischen geschlossene Ehe wird infolge der Rückwirkung vernichtet. Die Geltendmachung dieser Nichtigkeit erfolgt auf Nichtigkeitsklage gemäß § 1326 mit § 1329 durch Nichtigkeitserklärung.

---

59) Deutsche Juristenzeitg. 1899 S. 38.

60) Deutsche Juristenzeitg. 1904 S. 835.

61) So Endemann § 161 Anm. 25 S. 182, Pfleger Deutsche Juristenzeitg. 1925 S. 656 und anscheinend auch Scherer S. 28 Nr. 45; S. 229 Nr. 404.

§ 12. Mit der Todeserklärung verbundene Rückwirkungsbeschränkungen.

Weitere Fälle von Rückwirkungen ergeben sich aus den Vorschriften über die Todeserklärung.

Gemäß § 18 BGB. begründet die Todeserklärung die Vermutung, daß der für tot Erklärte zu dem im Urteil festgestellten Zeitpunkt verstorben ist. Das Wort „Vermutung" deutet darauf hin, daß es sich nicht um ein konstitutives, d. h. rechtsgestaltendes Urteil handelt, sondern nur eine Rechtsdeklaration vorliegt, die jederzeit durch sichere Kunde von dem Leben des für tot Erklärten oder dessen Erscheinen entkräftet werden kann.

Die Bedeutung der „Todesvermutung" liegt auf dem Gebiete der Beweislast: es ist als bewiesen anzusehen, daß der Verschollene zu dem als Zeitpunkt seines Todes festgesetzten Termin gestorben ist und bis dahin gelebt hat, alles dies aber vorbehaltlich des Gegenbeweises. Solange dieser nicht erfolgt, treten alle Rechtswirkungen ein, die mit dem Tode verbunden sind. Da die Todeserklärung einen in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt als vermutlichen Todestermin bezeichnet, datieren fast alle nun eintretenden Rückwirkungen von dem Todestermin ab, es tritt in diesen Fällen Rückwirkung ein.

Die wichtigsten rückwirkenden Rechtsfolgen der Todeserklärung sind folgende:

a) Folgen der Eingehung einer zweiten Ehe.

Die alte Ehe gilt mit dem Todeszeitpunkt als aufgelöst. Sie gilt aber als fortbestehend, falls der für tot Erklärte wieder zurückkehrt.[62]) Geht der überlebende Ehegatte eine neue Ehe ein, dann wird durch die Eheschließung die alte Ehe gemäß § 1348 Abs. 2 aufgelöst und bleibt auch nach Aufhebung der Todeserklärung aufgelöst. Eine Ausnahme besteht hier gemäß § 1348 Abs. 1 nur für den Fall, daß beide Ehegatten wissen, daß der für tot Erklärte den Todeszeitpunkt überlebt hat. Es tritt dann gemäß § 1326 Vernichtbarkeit der zweiten Ehe wegen Doppelehe ein, die alte Ehe gilt nur solange als aufgelöst, als nicht die in der Todeserklärung liegende Todesvermutung widerlegt wird. Eine weitere Ausnahme ergibt sich für die Fälle, in denen die neue Ehe infolge Nichtigkeits- oder

62) RGZ. Band 60 S. 198 f.

Anfechtungsklage rückwirkend vernichtet wird. Hier entfällt die für die Auflösung der alten Ehe geforderte Voraussetzung der erneuten Eheschließung und es liegt dann wieder die Rechtslage wie vor der neuen Eheschließung vor, d. h. die auf Grund der Todesvermutung erfolgende rückwirkende Auflösung der alten Ehe kann jederzeit durch Gegenbeweis hinfällig werden. Es gilt dann die alte Ehe als gültig und fortbestehend.

Ueber die Gründe, weshalb hier bei erneuter Eheschließung die alte Ehe konstitutiv aufgelöst werden muß, ist in anderem Zusammenhang einiges gesagt worden, siehe S. 44 ff.

b) Güterrechtliche Folgen der Todeserklärung.

Eine weitere Folge der Todeserklärung besteht darin, daß das Recht des Mannes auf Verwaltung und Nutznießung (§§ 1363 ff.) gemäß § 1420 mit dem Todeszeitpunkt, also von der Todeserklärung an rückwirkend aufhört, doch liegt keine konstitutive Rückwirkung vor, da der für tot erklärte, aber noch lebende Ehemann gemäß § 1425 auf Wiederherstellung seiner Rechte klagen kann.

Dasselbe gilt gemäß §§ 1544 und 1547 für die Errungenschaftsgemeinschaft. Auch für die Gütergemeinschaft findet grundsätzlich dieselbe Regelung statt. Zwar liegen hier keine ausdrücklichen Vorschriften vor, doch sind gemäß § 18 bezüglich der Rechtswirkungen Tod und Todeserklärung gleichzusetzen, es ergibt sich daraus, daß bei Todeserklärung die Gütergemeinschaft rückwirkend mit dem Todeszeitpunkt endigt, genau wie dies beim Tode eines Ehegatten der Fall sein würde.[63])

Wenn der überlebende Ehegatte für tot erklärt wird, endigt gemäß § 1494 Abs. 2 die fortgesetzte Gütergemeinschaft rückwirkend mit dem Todeszeitpunkt.

c) Einwirkung der Todeserklärung auf die elterliche Gewalt.

Mit dem in der Todeserklärung angegebenen Todeszeitpunkt endigt die elterliche Gewalt des Vaters (§ 1679 in Verbindung mit

63) Dies ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich angeordnet, jedoch wie Staudinger Vorbemerkung 1 a zu § 1468 beweist, als selbstverständlich weggelassen worden; es sei denn, daß der Fall der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1483 mit 1508) vorliegt. Ohne nähere Begründung wird letzteres von Wolff § 66 I 4 Staudinger Vorbemerkung 3 b, Warneyer I zu § 1468 geleugnet.

§ 1884) und der Mutter (§ 1686). Auch hier ist die Rückwirkung nicht rechtsändernd, da, falls der Vater bezw. die Mutter noch leben, diese gemäß § 1679 Abs. 2 in Verbindung mit § 1686 dem Vormundschaftsgericht erklären können, daß sie die elterliche Gewalt wieder übernehmen wollen. Da gemäß § 1679 die elterliche Gewalt „endigt", nicht als „beendigt gilt" und zur Wiederherstellung gemäß § 1679 Abs. 2 eine ausdrückliche Erklärung gehört, erfolgt die Wiedererlangung nicht mit rückwirkender Kraft sondern mit ex nunc Wirkung, so daß die Nutzungen am Vermögen des Kindes während der Zwischenzeit von der Wiedererlangung nicht betroffen werden.

d) Ex nunc Wirkung im Vormundschafts- und Pflegschaftsrecht.

Die bisherigen infolge der Todeserklärung eintretenden Rechtsfolgen datieren fast alle rückwirkend von dem vermuteten Todeszeitpunkt. Dieser Grundsatz der Rückwirkung wird aufgehoben für die Fälle, in denen Vormund, Gegenvormund, Abwesender für tot erklärt werden. Hier tritt die Rechtswirkung erst mit dem Zeitpunkt der Todeserklärung ein. Hierzu die §§ 1885 Abs. 2, 1895, 1915 in Verbindung mit §§ 1911, 1884. Die Verfügungen des Vormundes, Gegenvormundes und besonders des Abwesenheitspflegers bleiben also gültig über den Todeszeitpunkt hinaus bis zur Todeserklärung.

Die bei der Todeserklärung eintretende Rückwirkung wird demnach in mehreren wichtigen Fällen kraft ausdrücklicher Vorschriften stark eingeschränkt.

§ 13. Rückwirkung infolge Genehmigung.

Da die allgemeine Vorschrift des § 184 auch auf dem Gebiete des Familienrechts [64]) gilt, findet in den zahlreichen familienrechtlichen Genehmigungsfällen eine Rückwirkung statt. Es sind dies hauptsächlich:

Auf dem Gebiete des ehelichen Güterrechts: §§ 1396 f., 1448 und — soweit es sich bei der Zustimmung um eine Genehmigung handelt — §§ 1399 ff. und 1516. Ferner die vielen Fälle, in denen der elter-

64) Staudinger zu § 182 Nr. 3.

liche Gewalthaber der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht bedarf (§§ 1643—1645)[65]) oder ebenso der Vormund (§§ 1810, 1812f., 1821ff., 1829 ff.) ferner § 1714 vormundschaftsgerichtliche Genehmigungspflicht für Vereinbarungen über den Unterhalt für die Zukunft zwischen Vater und dem unehelichen Kind, § 1690 gewisse Genehmigungsrechte des Beistandes.

Die mit der Genehmigung verbundene Rückwirkung findet gemäß § 184 Abs. 2 ihre Grenze in den Zwischenverfügungen des Genehmigenden oder in den Verfügungen, die in der Zwischenzeit im Wege der Zwangsvollstreckung, Arrestvollziehung oder des Konkurses erfolgt sind.

Da die allgemeine Anwendbarkeit des § 184 für das Familienrecht zu bejahen ist, könnte demnach auch eine Begrenzung der Rückwirkung gemäß § 184 Abs. 2 stattfinden. Wie weit diese Möglichkeit praktische Bedeutung hat, muß sich aus dem Einzelfall ergeben. In allen Fällen, in denen die Genehmigung vom Vormundschaftsgericht erteilt wird, kann § 184 Abs. 2 praktisch nicht zur Anwendung kommen, da das Vormundschaftsgericht keine rechtsgeschäftlichen Verfügungen trifft. Nur für Zwangsvollstreckungen und Konkursakte kann § 184 Abs. 2 eingreifen. § 184 Abs. 2 kann in vollem Umfang (Rechtsgeschäft, Zwangsvollstreckung, Konkurs) nur dann eingreifen, wenn die Genehmigung von dem Vormund, Gegenvormund, Pfleger oder Ehegatten ausgeht, da hier Verfügungen des Genehmigenden in der Zwischenzeit möglich sind, die dann von der rückwirkenden Kraft der Genehmigung nicht erfaßt werden können.

§ 14. Unbeschränkte Rückwirkung bei der Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes.

Wenn der Ehemann durch Anfechtungsklage gemäß § 1596 die Unehelichkeit eines Kindes geltend macht, so hat das die Unehelichkeit feststellende rechtskräftige Urteil rückwirkende Kraft. Es geht dies aus dem allgemeinen Wesen der Anfechtung (§ 142 Abs. 1) als auch aus der Analogie zu der ähnlichen Rechtslage bei der Eheanfechtung (§§ 1330 ff. mit 1343) hervor. Bis zu dem Feststellungsurteil ist das Kind, wenn der Vater noch lebt, ehelich, denn der Vater kann

65) Aufzählung weiterer Anwendungsfälle bei Staudinger VI zu § 1643.

gemäß § 1596 die Unehelichkeit nur durch Anfechtungsklage geltend machen. Ist der Vater gestorben, so kann die Unehelichkeit von Dritten nur geltend gemacht werden, wenn der Vater das Anfechtungsrecht nicht verloren hatte (durch Zeitablauf gemäß § 1594 oder formloses Anerkenntnis gemäß § 1598). Die Geltendmachung erfolgt hier durch Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO. oder während eines Prozesses z. B. erbrechtlichen Prozesses gemäß § 280 ZPO. Von der Rückwirkung werden insbesondere die Unterhaltspflichten des Mannes gegenüber dem Kinde und die Rechtsgeschäfte, die der Mann als gesetzlicher Vertreter des Kindes mit Dritten abgeschlossen hat, erfaßt. Der allgemeinen Rückwirkung sind hier im Gegensatz zu den entsprechenden Vorschriften bei der Eheanfechtung (z. B. § 1344) keine Grenzen gesetzt, eine analoge Anwendung nach dem im zweiten Hauptteil vertretenen Rechtssatz ist nicht zulässig, weil hier ein Schutz gutgläubiger Dritter nicht notwendig ist. Abgesehen davon, daß derartige Fälle recht selten vorkommen, bieten die Vorschriften der §§ 812 ff. und die Schutzvorschriften, die den guten Glauben bezüglich eines Erbscheins (§§ 2353 ff., 2366 ff.) betreffen, genügenden Schutz. Dazu kommt, daß man in der gesetzlichen Vertretung des Kindes durch den Mann unter Umständen ein Anerkenntnis im Sinne des § 1598 erblicken kann.[66])

§ 15. Keine Rückwirkung bei Legitimation unehelicher Kinder und Annahme an Kindesstatt.

Bei den Rechtsinstitutionen der Legitimation unehelicher Kinder (§§ 1719 ff.) und der Annahme an Kindesstatt (§§ 1741ff.) treten, abgesehen von den Anfechtungs- (§§ 1731 und 1755) oder Genehmigungsfällen (§§ 1726 f., 1729, 1746 f., 1751f.) keine Rückwirkung ein. So treten die Rechtswirkungen bei der Legitimation durch nachfolgende Ehe gemäß § 1719 erst mit dem Zeitpunkt der Eheschließung ein. Bei der Legitimation durch Ehēlichkeitserklärung gemäß § 1736 in diesem der Legitimation durch Ehelichkeitserklärung gemäß § 1736 in diesem Zeitpunkt. Bei der Annahme an Kindesstatt gemäß §§ 1754, 1741, mit der gerichtlichen Bestätigung des Annahmevertrages. Die auf

66) In diesem Sinne: Wolff § 71 IV 1 c; Staudinger 5 zu § 1596 Warneyer zu § 1560 Reichsgerichtsräte 2 zu § 1596 und RGZ. Band 60 S. 198 ff.

diesem Gebiete angeordneten Beschränkungen (so z. B. §§ 1737, 1759, 1762 Satz 2, 1763) sind demnach keine Rückwirkungsgrenzen, sondern Begrenzungen gegenwärtiger Rechtswirkungen.

Jedoch setzt die Vorschrift des § 1771 Abs. 2 eine Rückwirkungsgrenze fest. Gemäß der Sollvorschrift des § 1311 dürfen sich Personen, die miteinander durch Annahme an Kindesstatt verbunden sind, nicht heiraten. Tun sie es doch, so wird durch die Eheschließung das Adoptionsverhältnis aufgelöst. Ist diese Ehe nichtig und vernichtet, so lebt kraft der rückwirkenden Auflösung der Ehe das Adoptionsverhältnis wieder auf. § 1771 Abs. 2 ordnet an, daß diese Rückwirkung begrenzt wird für den Fall, daß dem einen Ehegatten während des Adoptionsverhältnisses die elterliche Gewalt über den anderen zustand. Diese elterliche Gewalt wird rückwirkend nicht wiederhergestellt, sondern ist verwirkt. Bei der absolut nichtigen Ehe („Nichtehe") fällt gemäß § 1771 Abs. 2 Satz 2 diese Beschränkung weg, es tritt hier absolute Rückwirkung ein.

§ 16. Rückwirkung und Begrenzung bei Endigung der vorläufigen Entmündigung.

§ 1908 Abs. 1 bestimmt, daß die vorläufige Vormundschaft endigt, wenn der Antrag auf Entmündigung zurückgenommen oder rechtskräftig abgewiesen wird. Die Beendigung der vorläufigen Entmündigung tritt also grundsätzlich ex nunc ein. Gemäß § 115 Abs. 2 finden die in § 115 Abs. 1 bestimmten Rechtswirkungen in den Fällen der §§ 1906 ff. Anwendung. Es ergibt sich hieraus, daß, wenn eine vorläufige Entmündigung infolge Zurücknahme oder rechtskräftiger Abweisung des Antrags endigt, rückwirkend die von und gegenüber dem vorläufig Entmündigten vorgenommenen Rechtsgeschäfte gültig werden. Doch findet diese Rückwirkung gemäß § 115 mit § 1908 ihre Begrenzung in den Rechtsgeschäften, die von und gegenüber dem gesetzlichen Vertreter vorgenommen sind, diese bleiben gültig.

Lebenslauf.

Ich bin am 26. Oktober 1907 als Sohn des Rechtsanwalts Heinrich Seyffert in Köln geboren und evangelischer Konfession.

Ostern 1914 trat ich in die Vorschule des Kreuzgymnasiums in Köln ein und ging 1917 auf das Kreuzgymnasium über. Von Ostern 1920 besuchte ich das Friedrichsgymnasium in Kassel, wo ich Ostern 1928 die Reifeprüfung bestand.

Am 3. Dezember 1932 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung am Oberlandesgericht in Kassel.

Kassel, den 14. Juli 1933.

Eberhard Seyffert.